

AKTIENRECHT UND KONZENTRATION

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Wirtschaftswissenschaft
durch die
Abteilung für Wirtschaftswissenschaft
der Ruhr-Universität
Bochum

vorgelegt von

Dipl.-Volkswirt Albert Roth
aus Oberkirch/Bd.

1968



Digitized by the Internet Archive
in 2026

AKTIENRECHT UND KONZENTRATION

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Wirtschaftswissenschaft
durch die
Abteilung für Wirtschaftswissenschaft
der Ruhr-Universität
Bochum

vorgelegt von

Dipl.-Volkswirt Albert Roth
aus Oberkirch/Bd.

1968

Dekan: Professor Dr. P. Meyer-Dohm

Referent: Professor Dr. H. Besters

Korreferent: Professor Dr. A. Heigl

Tag der mündlichen Prüfung: 11. Juli 1968



Dissertationsdruck Réssy • München

GLIEDERUNG

EINFÜHRUNG

Seite

- | | |
|---|----|
| 1. Aktienrecht als reines Organisationsrecht oder als Teil der Wirtschaftsverfassung? | 1 |
| 2. Konzentrationsförderndes und konzentrationshemmendes Aktienrecht | 3 |
| 3. Aufbau der Arbeit | 17 |

TEIL A

KONZENTRATION ALS PROBLEM DER INNEREN VERFASSUNG DER AKTIENGESELLSCHAFT

1. Kapitel:

Die Regelung der inneren Verfassung im Aktienrecht von 1937 unter dem Aspekt der Konzentrationsbegünstigung 19

- | | |
|---|----|
| I. Gesetzlich gestützte Vorstandsmacht, Selbstfinanzierung und Konzentrationsbegünstigung | 20 |
|---|----|

- | | |
|--|----|
| 1. Selbstfinanzierungsmöglichkeit der Großunternehmen und Konzentrationsbegünstigung | 20 |
|--|----|

- | | |
|--|----|
| 2. Die Feststellung des Jahresabschlusses im Aktienrecht von 1937 unter dem Aspekt der Begünstigung der Selbstfinanzierung | 22 |
|--|----|

- | | |
|--|----|
| II. Stimmrechtsregelung im Aktienrecht von 1937 und Konzentrationsbegünstigung | 24 |
|--|----|

- | | |
|--|----|
| 1. Aktienrechtliche Zulässigkeit der Konzernbildung als Begünstigung des Konzentrationsprozesses | 24 |
|--|----|

- | | |
|---|----|
| 2. Depotstimmrechtsregelung im Aktienrecht von 1937 und Konzernierung | 27 |
|---|----|

2. Kapitel:

Die Regelung der inneren Verfassung im Aktienrecht von 1965 unter dem Konzentrationsaspekt 28

- | | |
|--|----|
| I. Gewinnfeststellung und Gewinnverwendung nach dem Aktienrecht von 1965 | 28 |
|--|----|

II.	Stimmrechtsregelung im Aktienrecht von 1965	29
1.	Aktienrechtliche Sanktionierung der Konzernbildung	29
2.	Die Regelung des Depotstimmrechtes im Aktienrecht von 1965	30
3. Kapitel:		
	Kritische Würdigung der inneren Verfassung unter dem Aspekt konzentrationshemmender Wirtschaftspolitik	31
I.	Beurteilung des Abbaus konzentrationsfördernder Bestimmungen der inneren Verfassung	32
1.	Kritische Würdigung der Zuständigkeitsregelung im Hinblick auf die Feststellung des Jahresabschlusses	32
2.	Kritische Würdigung der Stimmrechtsregelung im neuen Aktienrecht	37
	a) Konzernierung und Fusionierung aus der Sicht konzentrationshemmender Aktienrechtspolitik	37
	b) Beurteilung der Depotstimmrechtsregelung im neuen Aktienrecht	39
II.	Kritische Würdigung der inneren Verfassung unter Berücksichtigung konzentrationsprophylaktischer (interessenpluralistisch orientierter) Unternehmungsverfassungspolitik	42
1.	Anliegen interessenpluralistisch orientierter Unternehmungsverfassungspolitik und Aktienrechtsreform	42
2.	Sicherung des Gemeinwohls in einer marktwirtschaftlichen Ordnung	44
3.	Vorschläge zur Institutionalisierung des öffentlichen Interesses in der Unternehmungsverfassung der Aktiengesellschaft	47
4.	Kritische Würdigung des Vorschlages institutioneller Verankerung des öffentlichen Interesses	52

TEIL B

KONZENTRATION UND AKTIENRECHTLICHE HAFTUNGSREGELUNG

1. Kapitel:

Die Haftungsregelung im Aktienrecht von 1937 unter dem Aspekt der Konzentrationsbegünstigung	63
--	----

I.	Die Begünstigung der Konzentration durch die gesellschaftsinterne Haftungsregelung	63
II.	Konzentrationsbegünstigung durch die Sanktionierung der Trennung von rechtlicher und wirtschaftlicher Einheit im Konzern	67

2. Kapitel:

Die Haftungsregelung im Aktienrecht von 1965 unter dem Aspekt der Konzentrationsproblematik	71
---	----

I.	Die verschiedenen Arten der Konzernverbindungen im Recht der verbundenen Unternehmen	72
II.	Die Sicherung der außenstehenden Aktionäre im neuen Aktienkonzernrecht	74
	1. Konzerne mit rechtlich anerkannter Leitungsmacht und außenstehende Aktionäre	74
	2. Konzerne ohne rechtlich anerkannte Leitungsmacht und außenstehende Aktionäre	76
III.	Die Sicherung der Gläubiger im neuen Aktienkonzernrecht	79
	1. Konzerne mit rechtlich anerkannter Leitungsmacht und Sicherung der Gläubiger	79
	2. Konzerne ohne rechtlich anerkannte Leitungsmacht und Sicherung der Gläubiger	80

3. Kapitel:

Kritische Würdigung der Haftungsregelung im neuen Aktienkonzernrecht unter dem Aspekt der Wirtschaftsverfassung	82
---	----

I.	Haftungsprinzip einer Wettbewerbsordnung und seine Bedeutung für das Konzernrecht	82
----	---	----

II.	Kritische Würdigung der gesetzlichen Regelung	86
1.	Zur Regelung des gesellschaftsinternen Haftungsrechts in Konzernverhältnissen	86
2.	Zur Regelung der Haftung gegenüber den Gläubigern	97

TEIL C

AKTIENRECHTLICHE PUBLIZITÄT UND KONZENTRATION

1. Kapitel:

	Publizitätsvorschriften im Aktienrecht vor 1965 unter dem Aspekt der Konzentrationsbegünstigung	101
I.	Die Begünstigung der Konzentration durch die geringe Ertragspublizität	101
II.	Die Bedeutung mangelnder Berichterstattungspflicht im Aktienrecht von 1937 für die Expansionen der Großunternehmen	104

2. Kapitel:

	Die Neuregelung der Publizitätspflicht im Aktienrecht von 1965 unter dem Aspekt der Konzentrationsproblematik	107
I.	Reform der Erfolgsrechnung	107
II.	Reform der Bilanzbewertung	109
III.	Reform des Geschäftsberichts	110
IV.	Reform der Konzernpublizität	111
1.	Beteiligungpublizität (Mitteilungspflicht)	111
2.	Einführung der Rechnungslegung im Konzern	112
	a) Allgemeines über Konzernrechnungslegung	112
	b) Regelung des Konzernabschlusses	113
	c) Regelung des Konzerngeschäftsberichts	116

3. Kapitel:

	Kritische Würdigung der Neuregelung der Publizitätsvorschriften unter dem Aspekt der Konzentrationsproblematik	117
--	--	-----

VII

I.	Kritische Würdigung unter Berücksichtigung der möglichen Einwirkungen auf den Konzentrationsprozeß	117
II.	Kritische Würdigung unter dem Aspekt gesamt- wirtschaftlicher Kontrollmöglichkeiten	121

SCHLUSS	130
---------	-----

LITERATURVERZEICHNIS	134
----------------------	-----

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
ASU	Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer e.V.
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BWM	Bundeswirtschaftsministerium
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GV	Generalversammlung
HdSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
HGB	Handelsgesetzbuch
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
OHG	Offene Handelsgesellschaft
RegE	Regierungsentwurf
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

EINFÜHRUNG

1. Aktienrecht als reines Organisationsrecht oder als Teil der Wirtschaftsverfassung?

Die Tatsache, daß bei der Reform des Aktienrechtes von 1937 nicht nur spezifisch aktienrechtliche Aufgaben verfolgt wurden, sondern das Reformwerk auch allgemeinen wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Zielen dienstbar gemacht werden sollte, brachte der Reform die grundsätzliche Kritik ein, sie verändere die Grundlagen des Aktienwesens. Das Aktienrecht sei immer dann überfordert, wenn ihm Aufgaben übertragen werden, die sich nicht aus dem Wesen der Aktiengesellschaft als Kapitalsammelbecken ergäben.¹⁾ Nach dieser Auffassung hat das Aktienrecht nur Zwecken des Kapitalmarktes zu dienen, aber keiner wirtschaftspolitischen Konzeption.²⁾ Begründet wird dieses Neutralitätsanliegen damit, daß das Aktienrecht ein reines Organisationsgesetz sei, das lediglich den formalen Rahmen einer langfristigen Ordnung für eine wechselnde wirtschaftliche Entwicklung abzugeben habe und einer bestimmten wirtschafts- und sozialpolitischen Vorstellung lediglich als Ausgangspunkt bedürfe.³⁾

Diese Auffassung ist unhaltbar. Es entspricht nicht der Tatsache, daß diese Forderung, bezeichnet als "Grundsätze, innerhalb deren sich sowohl das Aktiengesetz von 1937 wie die vorangegangenen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen anerkanntermaßen bewegt haben",⁴⁾ jemals verwirklicht war. Das Aktienrecht ist vielmehr zu allen Zeiten von den jeweiligen wirtschaftspolitischen Auffassungen geprägt worden, wie Strauss nachweist.⁵⁾ Entscheidend ist, daß diese Forderung

1) Vgl. Deutscher Industrie- und Handelstag, Tätigkeitsbericht 1958/59, S. 204

2) Vgl. V. Muthesius, Die Aktie im Schlagwort-Nebel, in: Monatsblätter für Freiheitliche Wirtschaftspolitik, 4. Jg. (1958), S. 707

3) Vgl. u. a. Gemeinsame Denkschrift zum Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, hrsg. von den Spitzenorganisationen der gewerblichen Wirtschaft, Köln-Bonn 1959, S. 10, 75

4) ebenda, S. 10

5) Vgl. W. Strauss, Aktienrecht und Wirtschaftspolitik, in: B. Samson (Hrsg.), Aktuelle Probleme aus dem Gesellschaftsrecht und anderen Rechtsgebieten, Festschrift für W. Schmidt, Berlin 1959, S. 3 ff.; vgl. auch B. Großfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1968, S. 113 ff., 180

die Tatsache der Interdependenz aller wirtschaftlicher Erscheinungen, auf die Eucken ¹⁾ unablässig hingewiesen hat, nicht beachtet. Von den Aktiengesellschaften und dem Datum ihrer rechtlichen Organisation gehen die kräftigsten Impulse auf den Wirtschaftsprozeß aus, und umgekehrt wirkt dieser erheblich auf die rechtliche Ordnung zurück. Alle Probleme sowohl der Wirtschaftspolitik als auch der Rechtspolitik sind miteinander verzahnt. ²⁾ Geht es nun bei der Kernfrage der modernen Wirtschaftspolitik um die Einrichtung bzw. Gewährleistung einer funktionsfähigen Wirtschaftsordnung, in welcher eine zuverlässige Lenkung des Wirtschaftsprozesses stattfindet, so ist es nicht möglich, die einzelnen Zweige der Wirtschaftspolitik allein nach den Erfordernissen ihrer Teilgebiete zu regeln. Die Wirtschaftsverfassung bildet vielmehr eine Einheit, auf die alle Maßnahmen in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtssprechung Bedacht zu nehmen haben. ³⁾ Bei punktueller Behandlung würde die Grundtatsache der Interdependenz aller wirtschaftlichen Erscheinungen verkannt. Wirtschaftspolitik aus einem Guß erfordert daher, daß jeder wirtschafts- und rechtspolitische Schritt im Rahmen des größeren ordnungspolitischen Zusammenhangs geschehen muß. So stellt Mestmäcker fest: "Hat sich der Gesetzgeber für ein wirtschaftspolitisches Ordnungssystem entschieden, so gewinnen die Organisationsprinzipien dieser Wirtschaftsordnung den Charakter von Rechtssätzen." ⁴⁾ Das bedeutet, daß das Aktienrecht als Gestaltung einer Teilordnung wiederum nur Glied der übergreifenden Wirtschaftsverfassung sein kann und damit auch den Prinzipien dieses Wirtschaftssystems zu entsprechen hat. Wenn die Grundsatzentscheidung zugunsten einer marktwirtschaftlichen Ordnung gefallen ist, dann folgt daraus, daß das Aktienrecht als Glied dieser Wirtschaftsverfassung nicht nur ihre tragenden Prinzipien zu beachten hat, sondern die Aktienrechtspolitik als Rahmenordnungspolitik aufgerufen ist, zum Schutze der Funktionsfähigkeit dieser Ordnung beizutragen. Großfeld spricht daher auch von der "Wettbewerbsfunktion des Aktienrechts." ⁵⁾ Er beantwortet die Frage, ob das Ak-

1) Vgl. W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 3. Aufl., Tübingen-Zürich 1960, insbes. S. 11, 304 ff.

2) Ders., Das ordnungspolitische Problem, in: Ordo, Bd. I (1948), S. 72

3) Wissenschaftlicher Beirat beim BMW, Gutachten zum Wettbewerbsproblem, Sonderband, Göttingen 1962, S. 36

4) E. J. Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958, S. 23; ders., Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft im Aktienrecht, in: L. Raiser, H. Sauermann, E. Schneider (Hrsg.), Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N. F., Bd. 33, Berlin 1964, S. 112 ff.

5) B. Großfeld, a. a. O., S. 50 ff.

tenrecht auch wirtschaftspolitisch-wettbewerblichen Zwecken zu dienen habe, mit einem klaren Ja. ¹⁾

2. Konzentrationsförderndes und konzentrationshemmendes Aktienrecht

(1) Die Forderung nach wirtschaftspolitischer Neutralität des Aktienrechts wurde gerade im Hinblick auf das Problem wirtschaftlicher Konzentration vertreten. ²⁾ Es wird die Aufgabe dieser Arbeit sein, zu untersuchen, ob bei Ablehnung des rein organisationsrechtlichen Charakters des Aktienrechts das neue Aktiengesetz den Anforderungen genügt, die sich im Anschluß an die Lösung der Konzentrationsproblematik in einer marktwirtschaftlichen Ordnung ergeben.

Der Begriff der wirtschaftlichen Konzentration hat seit der Einführung durch Marx ³⁾ zahlreiche Wandlungen erfahren. ⁴⁾ In seiner heutigen Verwendung wird unter Konzentration "jede Form der Sammlung, der Zusammenfassung und des Zusammenschlusses im Wirtschaftsleben verstanden, die eine Verdichtung von wirtschaftlichen Kategorien hervorruft." ⁵⁾ Im Anschluß daran unterscheidet man ⁶⁾ in Betriebs-, Unternehmens-, Einkommens-, Vermögenskonzentration, Konzentration der Verfügungsmacht, räumliche und internationale Konzentration. Zweifellos steht im Mittelpunkt der Bedeutung das Phänomen der Unternehmenskonzentration. Wir werden uns im Rahmen dieser Arbeit auf die Erörterung der Beziehung zwischen dem Aktienrecht und der Unternehmenskonzentration beschränken und die Begriffe Konzentration und Unternehmenskonzentration synonym verwenden.

1) B. Großfeld, a. a. O., S. 179

2) Vgl. Gemeinsame Denkschrift zum Referentenentwurf der Spitzenorganisationen der gewerblichen Wirtschaft, a. a. O., S. 10

3) Vgl. K. Marx, Das Kapital, I. Bd. hrsg. von K. Kautsky, Stuttgart 1914, S. 562 f.

4) Vgl. hierzu H. Arndt, G. Ollenburg, Begriff und Arten der Konzentration, in: H. Arndt (Hrsg.), Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. I, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N. F., Bd. 20/1, Berlin 1960, S. 3 ff.

5) J. H. Müller, Konzentration, in: Staatslexikon, Bd. 5, Freiburg 1960, S. 15. In dem "Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft" (Deutscher Bundestag, Drucksache IV/2320, S. 10, fernerhin zitiert als Konzentrationsenquete) wird Konzentration als "Ballung von Mitteln und Gestaltungsmöglichkeiten" verstanden.

6) H. Arndt, G. Ollenburg, a. a. O., S. 25 ff.

Das Wesen der Konzentration wird in einem disproportionalen Wachstum der Unternehmungen gesehen, indem sich eine Strukturverschiebung zugunsten der oberen Größenklassen ergibt. ¹⁾ Besondere Aufmerksamkeit schenkt man dabei in der Regel der Entwicklung der bereits großen Ballungseinheiten. ²⁾ Als Maßstäbe für Größe und Wachstum dienen in der Regel der Einsatz an Produktionsfaktoren, insbesondere der Einsatz an Arbeitskräften oder Anlagen, die potentielle oder effektive Leistung, gemessen am wertmäßigen Umsatz oder an der Wertschöpfung. ³⁾ Im Zusammenhang mit dem Konzentrationsproblem werden zur Messung der Unternehmungsgröße Wertmaßstäbe verwendet, also der Umsatz bzw. die Wertschöpfung. ⁴⁾ Da das Wachstum einer Unternehmung und Unternehmungskonzentration zu unterscheiden sind, kann Konzentration dann nicht vorliegen, wenn das Wachstum großer Unternehmen dem durchschnittlichen Wachstum der Branche oder der Gesamtwirtschaft entspricht. Wächst z. B. ein Großunternehmen (gemessen am Umsatz bzw. der Wertschöpfung) stärker als der Durchschnitt der Branche bzw. der Gesamtwirtschaft, dann handelt es sich um einen Konzentrationsprozeß. ⁵⁾

Nach der Richtung des Unternehmenswachstums (inspeziell stufenbezogener Sicht) wird unterschieden in horizontale Konzentration (Ausdehnung auf gleicher Produktionsstufe), vertikale Konzentration (Ausdehnung in vor- und nachgelagerte Pro-

-
- 1) H. Besters, Aspekte der Konzentration, in: Die Aussprache, 12. Jg. (1962), S. 324; K. Hax, Betriebswirtschaftliche Probleme der Konzentration, in: F. Neumark (Hrsg.), Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N. F., Bd. 22, Berlin 1961, S. 65; ders. Unternehmungswachstum und Unternehmungskonzentration in der Industrie, in: Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung, N. F., 13. Jg. (1961), S. 2; H. Giersch, Aufgaben der Strukturpolitik, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 9. Jahr (1964), S. 71
 - 2) So ist z. B. von den verschiedenen Möglichkeiten der statistischen Konzentrationsmessung in der Konzentrationsenquete die der sog. Konzentrationsrate (Konzentrationsgrad) angewandt worden. Dieses Maß stellt den Anteil an statistischen Gesamtzahlen eines Untersuchungsbereiches dar, den eine bestimmte Zahl der größten Einheiten auf sich vereinigt (Konzentrationsenquete, a. a. O., S. 11).
 - 3) Vgl. hierzu W. Busse von Colbe, Die Planung der Betriebsgröße, Wiesbaden 1964, S. 29 ff.; W. Lücke, Betriebs- und Unternehmungsgröße, Stuttgart 1967
 - 4) Vgl. H. Hax, Betriebswirtschaftliche Probleme der Konzentration, a. a. O., S. 62; Anlagenband zur Konzentrationsenquete (zu Drucksache IV/2320), S. 22, 31 f.
 - 5) K. Hax, Unternehmungswachstum und Unternehmungskonzentration in der Industrie, a. a. O., S. 2

duktionsstufen und diagonale Konzentration (Ausdehnung in den Bereich der Hilfsstoffe oder von Produktionsmitteln für die eigene Produktion). ¹⁾ Das Unternehmenswachstum kann sich auch in Branchen ohne produktionstechnischen Zusammenhang erstrecken wie z. B. im Falle der "Gemischtwarenkonzerne". Man spricht dann von heterogener ²⁾ oder konglomerater Konzentration.

Nach der Methode, nach der sich die Unternehmensvergrößerung vollzieht, wird differenziert in Wachstum durch inneren Ausbau (internes Wachstum) ³⁾ und Wachstum durch äußere Verflechtung (externes Wachstum) ⁴⁾.

(2) Der Prozeß fortschreitender Konzentration wirft eine Vielzahl von Problemen in einer freiheitlichen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung auf. ⁵⁾

Für den Wirtschaftspolitiker stehen die Wirkungen auf das Ordnungssystem im Vordergrund der Betrachtung. In einem System marktwirtschaftlicher Koordination reduziert sich die Fragestellung auf den Zusammenhang zwischen Konzentration und Wettbewerb.

Wettbewerb, verstanden als "dynamischer Ausleseprozeß" ⁶⁾, ist nicht Selbstzweck. Die wettbewerbspolitische Beurteilung des Konzentrationsphänomens hängt daher von der Art der Wettbewerbskonzeption ab, die wirtschaftspolitische Norm ist. Diese empfängt ihren begrifflichen Inhalt von den Zielen, die mit staatlicher Wettbewerbspolitik verfolgt werden. Als solche sind anerkannt: Freiheit des Wettbewerbs und gute ökonomische Marktergebnisse. ⁷⁾

Hoppmann weist nach, daß der unbeschränkte bzw. freie Wettbewerb gleichzeitig derjenige ist, der gute ökonomische Marktergebnisse erbringt, also zwischen beiden Zielen - bis auf die gleich zu erwähnenden echten Ausnahmebereiche - kein

1) R. Gunzert, Was ist Konzentration, Frankfurt/M. 1960, S. 97

2) A. L. Reuter, Konzentration und Wirtschaftswachstum, Köln-Opladen 1967, S. 17

3) Durch Vermögensbildung in der Unternehmung

4) Durch Zusammenschluß bereits bestehender Unternehmungen

5) Vgl. hierzu u. a. H. Arndt (Hrsg.), Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. III, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N. F. Bd. 20/III, Berlin 1960; F. Neumark (Hrsg.), a. a. O., H. Besters, a. a. O., S. 325 ff.; Übermäßige Konzentration, ihre Gefahren und Möglichkeiten der Eindämmung, hrsg. von der Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer e. V., Bonn 1959

6) H. Besters, Soziale Marktwirtschaft: Grundgedanken und Programm, in: Die Fortbildung, 8. Jg. (1963), S. 33

7) Vgl. E. Hoppmann, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Bd. 179 (1966), S. 288 ff.

Dilemma besteht. ¹⁾ Eine den wettbewerbspolitischen Zielsetzungen adäquate Konzeption des Wettbewerbs kann nur ein Konzept der Wettbewerbsfreiheit sein, wie es die neoklassische Wettbewerbstheorie erarbeitet hat. ²⁾ Hierbei sind die Markt-, Preis- und Wettbewerbstheorie allerdings nicht imstande, ein Modell zu liefern, das jene wettbewerbslichen Prozesse, deren Verwirklichung Ziel der Wettbewerbspolitik ist, in positiver Form praktikabel beschreiben kann. Wettbewerbsliche Marktprozesse sind nur allgemein, und zwar mit Hilfe der Wettbewerbsfreiheit bzw. mit deren Einschränkung durch Marktmacht zu definieren. ³⁾

Funktionsfähig ist der Wettbewerb, wenn er frei und damit dynamisch ist. Man ist sich dabei einig, daß eine völlige Wettbewerbsfreiheit in der praktischen Wettbewerbspolitik nur tendenziell angestrebt werden kann. Wettbewerbspolitisches Leitbild sind sodann Marktprozesse, die durch das Fehlen unangemessener, übergebührlicher, übermäßiger usw. Marktmacht gekennzeichnet sind. Bis zu welchem Grade Einschränkungen der Wettbewerbsfreiheit tolerierbar sind, läßt sich unterschiedlich beantworten, und zwar in Abhängigkeit von verschiedenartigen Wertvorstellungen. Es gibt aber eine Toleranzgrenze, deren Überschreiten mit den wettbewerbspolitischen Zielsetzungen nicht mehr zu vereinbaren ist, weil sich dann eine Transformation der Wirtschaftsordnung vollzieht. Leider läßt sich diese Grenze aber kaum praktikabel definieren. ⁴⁾ In der praktischen Wettbewerbspolitik wird die Grenze deshalb mit einer unbestimmten Generalklausel umschrieben, die im jeweils speziellen Fall mit konkretem Inhalt zu versehen ist. ⁵⁾ Der

1) Vgl. E. Hoppmann, Workable Competition (Funktionsfähiger Wettbewerb), in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bd. 102 (1966), S. 249 ff. Von einem generellen Konflikt zwischen den beiden Zielen geht z. B. das sog. Dilemma-Konzept eines funktionsfähigen Wettbewerbs aus (vgl. ebenda, S. 260 ff.), u. a. auch das Konzept von Kantzenbach (E. Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Göttingen 1966).

2) Vgl. E. Hoppmann, Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: H. Besters (Hrsg.), Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, T. Wessels zum 65. Geburtstag, Berlin 1967, S. 179

3) E. Hoppmann, Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: H. K. Schneider (Hrsg.), Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N. F., Bd. 48, Berlin 1968, S. 30

4) E. Hoppmann, Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, a. a. O., S. 175

5) "Die Frage, ob eine Praktik die Wettbewerbsfreiheit unangemessen beeinträchtigt, läßt sich nur jeweils im Rahmen der Gesamtbewertung eines Marktprozesses vornehmen" (E. Hoppmann, Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, a. a. O., S. 35 f.).

Wettbewerb wird z. B. im deutschen GWB in § 22 als funktionsfähig angesehen, solange er "wesentlich" ist, im Antitrustrecht der USA (Clayton Act, Sec. 5) solange er nicht "wesentlich beschränkt" ist.

(3) Aufgabe der Wettbewerbspolitik ist es, "den Wettbewerb zu fördern und gegen Beschränkungen und Verfälschungen zu sichern." ¹⁾ Aus der Sicht des Konzentrationsproblems interessiert uns besonders die Antimonopolpolitik, um den Wettbewerb vor der Gefahr zu schützen, Vernichtungstendenzen zu erliegen. Diese Aufgabe ist für die deutsche Wettbewerbspolitik um so dringlicher, als angesichts des fehlenden Erlaubnisvorbehaltes für Unternehmungszusammenschlüsse die Gefahr besteht, daß die Unternehmen zur Vermeidung des Kartellverbots in die schärfere Form der Wettbewerbsbeschränkung, nämlich in die Konzernierung, ausweichen. ²⁾

Die wettbewerbspolitische Bekämpfung von Marktmachtbildung durch Konzentration ist insofern schwierig, als die verschiedenen Ursachen, die zur Bildung von Marktmacht führen, vom neoklassischen Wettbewerbskonzept aus unterschiedlich zu beurteilen sind. Man differenziert im Hinblick auf die Auswirkungen auf die beiden wettbewerbspolitischen Ziele zwischen Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit, die auf künstlichen und auf natürlichen Wettbewerbshemmnissen beruhen. ³⁾ Ein echter Konflikt zwischen den Zielen der Wettbewerbspolitik ergibt sich nur im Falle natürlicher Wettbewerbshemmnisse. Kann in einem Wirtschaftsbereich das gewünschte Ausmaß an Wettbewerbsfreiheit nicht hergestellt werden, weil die natürlichen Wettbewerbshindernisse zu groß sind, dann liegt ein wettbewerbspolitisch echter Ausnahmebereich vor, der durch Ausnahmeregelungen geordnet werden muß. ⁴⁾ Das trifft z. B. zu, wenn produktionswirtschaftlich-technische Gesichtspunkte zu großbetrieblicher Fertigung in einem Wirtschaftszweig führen und deshalb monopoloider Marktstellungen die Folge sind. Nur die künstlichen Wettbewerbshemmnisse, die auf staatlich verursachte Hindernisse bzw. auf willkürliche Beschränkungen durch unternehmerische Praktiken zurückgehen, gelten als eigentliche Wettbewerbsbeschränkungen und als Ansatzpunkte der Antimonopolpolitik. Konzentrationsvorgänge beruhen auf Umständen, die ihre Ursache so-

1) Wissenschaftlicher Beirat beim BMW, Gutachten zum Wettbewerbsproblem, a. a. O., S. 8

2) ebenda, S. 21

3) Vgl. z. B. F. Machlup, Wettbewerb, in: HdSW, Bd. 12, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1965, S. 42

4) Daneben gibt es noch politische Ausnahmebereiche, bei denen der Wettbewerb zwar funktionsfähig ist, aber die ökonomischen Auswirkungen des Wettbewerbs nicht erwünscht sind.

wohl - vom neoklassischen Wettbewerbskonzept aus gesehen - in natürlichen als auch in künstlichen Wettbewerbshemmnissen bzw. willkürlichen Wettbewerbsbeschränkungen haben können.

Die wettbewerbspolitische Konsequenz aus dieser Schwierigkeit kann nur sein, daß man zunächst mit der Beseitigung all jener Ursachen der Konzentration ¹⁾ beginnt, die eindeutig zu künstlichen Wettbewerbshemmnissen und willkürlichen Wettbewerbsbeschränkungen führen. Das trifft in den Fällen zu, in denen der disproportionale Wachstumsprozeß der Unternehmungen künstlich durch unnötige Konzentrationsanreize gefördert wird. Diese Art Konzentration ist eindeutig unerwünscht und von den Ursachen her gesehen auch nicht mit dem potentiellen Konflikt zwischen Wettbewerbsfreiheit und ökonomischer Effizienz beladen. Gesamtwirtschaftlich erwünschte Konzentrationen können hiervon eigentlich nicht betroffen werden, da ihre privatwirtschaftlichen Vorteile auf ganz anderen Ursachen beruhen und sich ohne staatliche Begünstigung durchsetzen würden. ²⁾ Der erste Schritt antikonzentrationspolitischen Vorgehens hätte demnach in der Eliminierung sämtlicher künstlicher Anreize zur Konzentration zu bestehen. So forderte denn auch der Ausschuß für Wirtschaftspolitik des Deutschen Bundestages bei den Beratungen über das GWB, "das Steuer-, Gesellschafts- und Wettbewerbsrecht möglichst wettbewerbsneutral zu gestalten." ³⁾ Im Regierungsentwurf des GWB hieß es, daß die Aufgabe, den Leistungswettbewerb zu fördern, nicht allein durch ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelöst werden könnte. "Die gesamte Wirtschaftspolitik muß vielmehr darauf ausgerichtet sein, durch gesetzliche Maßnahmen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, des Patentrechts, des Gewerberechts und durch sonstige wettbewerbsfördernde Maßnahmen der Entstehung wettbewerbsausschließender Marktgebilde entgegenzuwirken." ⁴⁾ Da hier nur auf mittelbare Weise das unerwünschte Unternehmungswachstum getroffen wird, werden solche antikonzentrationspolitischen Maßnahmen als "indirekte Ein-

1) Zu den Ursachen der Konzentration vgl. H. Besters, a. a. O., S. 324 f.; H. O. Lenel, Ursachen der Konzentration, Tübingen 1962

2) "Volkswirtschaftlich begrüßenswerte Konzentrationsvorgänge bedürfen m. E. in der Regel nicht der Begünstigung durch die Rechtsordnung, um sich durchzusetzen" (H. O. Lenel, Wachstum der Wirtschaft und Wachstum der Unternehmungen, in: Ordo, Bd. XV/XVI (1965), S. 164 f.).

3) Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Deutscher Bundestag, zu Drucksache II/3644, S. 8

4) Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Deutscher Bundestag, Drucksache II/1158, S. 22

griffe" bezeichnet. ¹⁾

Auch nach Ausschöpfung der indirekten Eingriffsmöglichkeiten im Sinne einer Neutralisierung der Auswirkungen auf den Wettbewerb bleiben Konzentrationsvorgänge, die zu - nunmehr - willkürlichen Wettbewerbsbeschränkungen führen. Ein antikonzentrationspolitisches Vorgehen ist dabei insofern schwierig, als jetzt die konzentrationshemmenden Maßnahmen direkt am Unternehmenswachstum ansetzen müssen, wobei zu beachten ist, daß die Impulse zur Konzentration sowohl von der Absicht willkürlicher Wettbewerbsbeschränkung als auch von Ursachen natürlicher Wettbewerbshemmnisse ausgehen können. Trotzdem scheint das Problem nicht unlösbar zu sein.

Es gilt eine Methode zu finden, um der Gefahr einer Überschreitung jener Toleranzgrenze vorzubeugen, die im Hinblick auf das Ausmaß an tolerierbarer Marktmacht in einer marktwirtschaftlichen Ordnung zu ziehen ist. Auf die Lösung der Konzentrationsproblematik bezogen bedeutet dies, daß Konzentration nicht generell etwas Verwerfliches ist, ganz abgesehen von technisch bedingter Konzentration. Man unterscheidet vielmehr gerade von der Funktionsweise des marktwirtschaftlichen Systems her gesehen zwischen einer zulässigen und unerwünschten Konzentration. ²⁾ Als unerwünscht ist Konzentration an sich anzusehen, wenn sie zu unangemessener, übermäßiger Marktmacht führt. ³⁾ So heißt es in der Stellungnahme der Bundesregierung zur Konzentrationsenquete, daß eine Konzentration auf jeden Fall bedenklich werde, wenn sie zur Marktbeherrschung führe oder eine solche Stellung verstärke. ⁴⁾ Hier wird offensichtlich auf den Begriff der Marktbeherrschung im Sinne von § 22 GWB abgehoben. Dieser Standpunkt ist aber im Hinblick auf das Verhältnis von Konzentration und Wettbewerb als zu eng zu kritisieren. Unerwünscht könnten hiernach nur übermäßige Horizontalkonzentrationen sein. Edwards weist neben anderen demgegenüber darauf hin, daß Gefahren für den Wettbewerb nicht nur aus der Monopolisierung im marktformentheo-

1) Vgl. Bericht über Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Deutscher Bundestag, Drucksache IV/617, S. 67

2) Vgl. z. B. H. Besters, Aspekte der Konzentration, a. a. O., S. 324

3) Nach Wessels sollte in einer marktwirtschaftlichen Ordnung "die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs die Grenze für den Grad der Konzentration sein, den die Wirtschaftspolitik noch tolerieren kann" (T. Wessels, Über wirtschaftspolitische Konzeptionen des Wettbewerbs, in: F. Greiß, F. W. Meyer (Hrsg.), Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur, Festgabe für A. Müller-Armack, Berlin 1961, S. 26).

4) In: Konzentrationsenquete, a. a. O., S. 90

retischen Sinne entstehen. ¹⁾ Übermäßige Konzentrationen in vertikaler und konglomerater oder heterogener Richtung sind gesamtwirtschaftlich ebenfalls unerwünscht, wenn auch einzuräumen ist, daß die Diversifikation den Einfluß der Unternehmenskonzentration u. U. abschwächen kann. Konzentrationsvorgänge dieser Art ermöglichen oft eine gezielte Preisstrategie, insbesondere im Rahmen von Mischkalkulationen bzw. internem Ergebnisausgleich. ²⁾ Die Waffe preisausgleichender Absatzpolitik, eingesetzt als Mittel des Verdrängungswettbewerbs, führt über die Ausschaltung von weniger marktstarken - nicht unbedingt leistungsschwächeren Konkurrenten - zur Verstärkung der Konzentration. Volkswirtschaftlich bedenklich sind derartige Konzentrationen, weil sie eine nicht unerhebliche tatsächliche und potentielle Gefahr für die Lenkungs- oder Steuerungsfunktion des Wettbewerbs darstellen. Kommt es zu den Formen des **Verdrängungswettbewerbs**, dann kann von einer bestmöglichen Lenkung der Produktivkräfte keine Rede mehr sein. ³⁾

Wie wir oben erwähnten, läßt sich die fragliche Toleranzgrenze kaum praktikabel definieren und nur mit Hilfe eines speziellen Marktmachttests ⁴⁾ nachweisen. Das heißt aber, daß wir global kaum genau quantifizieren können, wann die Übermäßigkeit der Konzentration erreicht ist. Die Folgerung, angesichts dieser Schwierigkeit von einer über die "indirekten Eingriffe" hinausgehenden Antikonzentrationspolitik absehen zu müssen, wäre voreilig. Ein völliger Verzicht auf eine Antikonzentrationspolitik ist unter dem Aspekt des Freiheitspostulates keineswegs vertretbar. Aus der Rücksichtnahme gegenüber Ausnahmefällen ⁵⁾ dürfen keine allge-

1) "There are three types of concentrated economic power, each of which imperils competition in a different way. One is derived from control of sales (or purchases) in a particular industry. . . A second is derived from vertical integration on a scale sufficient to provide a compelling advantage over nonintegrated enterprises. . . The third type of power is that which springs from giant size" (C. Edwards, *Maintaining Competition*, New-York-Toronto-London 1949, S. 92); In dem Anlagenband zur Konzentrationsenquete (zu Drucksache IV/2320 S. 745) wird festgestellt: "Die Marktstellung eines Unternehmens wird von verschiedenen Einflußgrößen bestimmt. Der Marktanteil eines Unternehmens ist von Bedeutung, aber auch seine Kapitalkraft, die Breite seines Produktionsprogramms und die Betätigung in vor- und nachgelagerten Stufen. . ."

2) J. H. Müller, *Konzentration und Wettbewerb*, a. a. O., S. 130

3) So H. St. Seidenfus, *Mehrproduktunternehmen, preispolitischer Ausgleich und Konzentration*, in: *Kyklos*, Vol. XX (1967), S. 217

4) Vgl. hierzu E. Hoppmann, *Zum Problem einer wirtschaftlich praktikablen Definition des Wettbewerbs*, a. a. O., S. 43 ff.

5) Bain kommt in einer empirischen Untersuchung zur Feststellung, daß nur bei 3 von insgesamt 20 Industriezweigen die moderne Produktionstechnik eine be-

meinen Begünstigungen entstehen. Andernfalls setzt man sich der Gefahr aus, dadurch mit großer Wahrscheinlichkeit eine viel größere Zahl volks- und gesellschaftspolitisch eindeutig negativ zu beurteilender Konzentrationsvorgänge in Kauf nehmen zu müssen. Jedoch verbietet sich ein generelles Konzentrationsverbot, weil es Konzentrationsvorgänge geben kann, die zu natürlichen Wettbewerbshemmnissen führen, z.B. aufgrund von *economies of scale*. Spräche man es dennoch aus, würde das bedeuten, daß man den Zielkonflikt eindeutig zugunsten der Wettbewerbsfreiheit entscheidet.

Um dem Konzentrationsproblem in seiner Differenziertheit zu entsprechen, bietet sich folgendes wettbewerbspolitische Vorgehen an: Zunächst ist an Hand praktikabler Kriterien jener Kreis von Unternehmen anzuzeigen, bei dem zumindest die Vermutung erheblichen Marktmachtbesitzes gerechtfertigt erscheint. Als Maßstäbe quantitativer Art lassen sich solche relativer und solche verhältnismäßig hoher absoluter Unternehmungsgröße denken. Wir können uns hier nicht mit der Problematik der adäquaten Maßstabshöhe beschäftigen. Daß in der praktischen Wettbewerbspolitik bereits mit quantifizierten Größenmerkmalen relativer und absoluter Art gearbeitet wird, beweist § 23 GWB. Derartige Kriterien sind jedoch nicht als unabdingbare Grenzen für die Konzentration aufzufassen. Sie sind ein Hilfsmittel, um einem Überschreiten jener praktikabel nicht definierbaren Toleranzgrenze auf adäquate Weise vorzubeugen und stellen lediglich Prima-Facie-Kriterien **übermäßiger** Konzentration dar. ¹⁾

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 10:

sondere Rolle für die Konzentration gespielt habe (J. S. Bain, *Barriers to New Competition*, 3. Aufl., Cambridge 1965, S. 211). Siehe auch W. Eucken, *Technik, Konzentration und Ordnung der Wirtschaft*, in: *Ordo*, Bd. III (1950), S. 11. Die Unentrinnbarkeitsthese der Konzentration, wie sie etwa von E. Salin (*Soziologische Aspekte der Konzentration*, in: F. Neumark (Hrsg.), a. a. O., S. 16 ff.) vertreten wurde, ist überzeugend widerlegt worden von J. H. Müller (*Zu Salins These von der Unentrinnbarkeit der Konzentration*, in: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, Bd. 18 (1962), S. 278 ff.), ebenso von J. Molsberger (*Zwang zur Größe? Zur These der Zwangsläufigkeit der wirtschaftlichen Konzentration*, Köln-Opladen 1968).

- 1) Vgl. z.B. die Feststellung des Ausschusses für Wirtschaftspolitik des Deutschen Bundestages zu § 18 des Entwurfes eines GWB, "daß für den Fall, daß ein Unternehmen ... einen Marktanteil von mehr als 20 v.H. besitzt, zumindest die Vermutung gerechtfertigt erscheint, daß der Wettbewerb erheblich eingeschränkt

Im Hinblick auf die Intensität der Maßnahmen, die an diesen behelfsweise herausgegriffenen Kriterien dominierender Marktstellung ansetzen, ist für die beiden Formen des Unternehmenswachstums zu differenzieren. Zur Realisierung von economies of scale bedarf es nicht des externen Wachstums (Fusion und Konzentrierung) ¹⁾. Folglich können die Eingriffe in ihrer konzentrationshemmenden Wirkung vom Standpunkt des neoklassischen Konzepts aus gesehen auch definitiver und gravierender sein. Zur Verdeutlichung sei hier nur auf die immer wieder befürwortete Einführung eines Erlaubnisvorbehaltes für Unternehmenszusammenschlüsse im Rahmen des GWB hingewiesen. ²⁾

Wenn solche Kriterien global für die prima facie übermäßig erscheinende Konzentration Verwendung finden sollen, verbietet sich - wie hervorgehoben wurde - ein Vorgehen im Rahmen einer Verbotsgesetzgebung. Es können nur Maßnahmen infrage kommen, die trotz ihres globalen Ansatzes am Unternehmenswachstum in der Lage sind, der möglichen ambivalenten Wirkung der Konzentration auf die wettbewerbspolitischen Ziele Rechnung zu tragen. Daß es solche Maßnahmen gibt, hat insbesondere Eucken betont ³⁾. Die Motivierung des Ansatzes dieser Maßnahmen liegt auf einer anderen Ebene, nämlich der Kontrolle ökonomischer Machtpositionen, die aus übermäßiger Konzentration hervorgehen. Angesichts der hier gegebenen Funktionsbehinderung des Wettbewerbs bedarf es eines anderen gesamtwirtschaftlichen Kontrollinstrumentes, damit die mit Hilfe der Konzentration möglicherweise realisierten privatwirtschaftlichen Vorteile auch volkswirtschaftlich weitergegeben werden. Die Maßnahmen resultieren damit im Grunde aus der Reaktion der Wettbewerbspolitik auf den Tatbestand der sog. dualisti-

Fortsetzung der Fußnote 1) von Seite 11:

... ist" (abgedruckt in: Bericht über Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a. a. O., S. 69); vergleichbare Hinweise im Hinblick auf absolute Größenkriterien finden sich z. B. ebenda, S. 71; siehe auch generell C. D. Edwards, Maintaining Competition, a. a. O., S. 131; P. H. Hart, Concentration and its Measurement in the United Kingdom, in: H. Arndt (Hrsg.), Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. I, a. a. O., S. 656

- 1) E. Hoppmann, Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, a. a. O., S. 174
- 2) Es ist aber hierbei nicht nur an horizontale Zusammenschlüsse zu denken, sondern ebenso an vertikale, diagonale und konglomerate (siehe A. Reuter, a. a. O. S. 139; E. Heuß, Die Wettbewerbs- und Wachstumsproblematik des Oligopols, in: H. K. Schneider (Hrsg.), a. a. O., S. 61 f.)
- 3) W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, a. a. O., S. 299; Wissenschaftlicher Beirat beim BMW, Gutachten zum Wettbewerbsproblem, a. a. O., S. 31

schen Wirtschaftsordnung ¹⁾ bzw. aus der Notwendigkeit, bei beschränktem oder ausgeschlossenen Wettbewerb aus Gründen des öffentlichen Interesses heraus tätig zu werden. Der Wettbewerb liegt im öffentlichen Interesse; wenn aber Unternehmen dank ihrer dominierenden Marktstellung der Kontrollfunktion des Wettbewerbs kaum mehr unterliegen, dann "muß sich das öffentliche Interesse anderer Mittel als Wettbewerbersatz bedienen." ²⁾

Wenn die global ansetzenden Maßnahmen auch nicht direkt antikonzentrationpolitisch motiviert sind, so kann ihnen doch eine abschreckende Wirkung auf den Fortgang der Konzentration zu eigen sein. ³⁾ Die Konzentrationshemmung folgt aus der Haltung der Unternehmer, den Eintritt des für sie unangenehmen wirtschaftspolitischen Eingriffs - wenn irgend möglich - zu vermeiden. Die Maßnahmen wirken prophylaktisch. Die Lösung des Problems gesamtwirtschaftlicher Kontrolle ökonomischer Machtpositionen, d. h. insbesondere von Großunternehmen, ist somit zugleich unter dem Aspekt der Konzentrationshemmung zu sehen.

Die Tatsache, daß die abschreckende Wirkung auch gegenüber jenen Konzentrationen eintreten kann, die - von der neoklassischen Wettbewerbskonzeption aus gesehen - zu natürlichen Wettbewerbshemmnissen führen würden, könnte diese Maßnahmen dem Vorwurf aussetzen, der möglichen Ambivalenz der Konzentration nicht adäquat zu sein. Hierzu ist zu bemerken, daß dieses antikonzentrationpolitische Vorgehen das disproportionale Wachstum nicht unterbindet, sondern lediglich erschwerenden Bedingungen unterwirft. Die Konzentrationshemmung ist insofern zu vertreten, als sie an dem Problem ansetzt, das jede Konzentration aufwirft, nämlich die unabdingbare anderweitige gesamtwirtschaftliche Kontrolle bei ausfallender Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. Da die ambivalente Konzentration - von den wettbewerbspolitischen Zielen her gesehen - am wenigsten die Aufsicht zu befürchten braucht, ist sogar zu vermuten, daß die prophylaktische Wirkung überwiegend zu Lasten der Konzentration geht, die künstliche Wettbewerbshemmnisse mit sich brächte, und das dürften nach Müller ⁴⁾ im Augenblick in der BRD die Mehrzahl der Konzentrationsvorgänge sein. Sollten trotzdem Konzentrationen unterbleiben, die die Möglichkeit einer Wohlstandsmehrung mit eingeschlos-

1) Der Begriff "dualistische Wirtschaftsordnung" wird im Anschluß an Besters verwendet, der die Gespaltenheit in Abhängigkeit von dem unterschiedlichen System der Kontrolle privater Unternehmen sieht (vgl. H. Besters, Aspekte der Konzentration, a. a. O., S. 327).

2) Ders., Soziale Marktwirtschaft: Grundgedanken und Programm, a. a. O., S. 34

3) Vgl. ders., Aspekte der Konzentration, a. a. O., S. 328

4) J. H. Müller, Zu Salins These von der Unentrinnbarkeit der Konzentration, a. a. O., S. 293

sen hätten, so wäre dies eine unerwünschte Nebenwirkung der Tatsache, daß eine wettbewerbsorientierte Wirtschaftspolitik im allgemeinen stets bemüht sein muß - gerade auch um mögliche Produktivitätssteigerungen zu erzwingen ¹⁾ - den Monopolisierungsgrad der Wirtschaft zu begrenzen. ²⁾ Bei gesamtwirtschaftlicher Betrachtung ist es ohnehin nicht zulässig, die möglichen Wohlstandsverluste aus solchen Konfliktfällen in absoluter Höhe der konzentrationshemmenden Wirtschaftspolitik anzulasten. Exakt wäre nur eine Aufrechnung der gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsvorteile durch Wettbewerbssicherung mit den Produktivitätsnachteilen, die eintreten können, wenn dadurch ambivalente Konzentrationen getroffen werden; dabei ist keineswegs sicher, daß die Wettbewerbsnachteile überwiegen.

Wenn hier auf die prophylaktischen Wirkungen ³⁾ gegen übermäßige (unerwünschte) Konzentration durch globale Maßnahmen, die an sich nicht antikonzentrationpolitisch motiviert sind, abgehoben wird, so geschieht das in der Überzeugung, daß damit vorwiegend Konzentrationen getroffen werden, die nicht mit dem Zielkonflikt zwischen Wettbewerbsfreiheit und guten ökonomischen Ergebnissen behaftet und damit eindeutig unerwünscht sind. Die Annahme stützt sich nicht nur auf die geringere Zahl ambivalenter Konzentrationsfälle, sondern auch auf die Überlegung, daß Konzentration, die zu Rationalisierungsvorteilen führt, von der Kontrolle nichts zu befürchten hat, wenn die Produktivitätsvorteile gesamtwirtschaftlich weitergegeben werden.

Als Beispiel für Maßnahmen, die prophylaktisch gegen übermäßige (unerwünschte) Konzentrationen wirken können, ist zunächst das GWB anzuführen: Das Gesetz bietet auch die Möglichkeit zu prophylaktischer Antikonzentrationspolitik, allerdings müßte die Mißbrauchsaufsicht des § 22 GWB praktikabel sein. ⁴⁾

1) Vgl. F. W. Meyer, Die Leistungsfähigkeit der Planwirtschaft, in: F. Greiß, F. W. Meyer (Hrsg.), a. a. O., S. 58 f.

2) T. Wessels, Wettbewerb, in: Staatslexikon, Bd. 8, Freiburg 1963, S. 648

3) F. Böhm hält die prophylaktischen Wirkungen gegen Konzentration schon deswegen für unverzichtbar, weil sonst der Staatsapparat in der Lenkung von Machtkörpern überfordert wird. Er spricht von der Notwendigkeit einer "Politik der prophylaktischen Machtverhinderung und Machtauflockerung" (Demokratie und ökonomische Macht, in: Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht an der Johann-Wolfgang-Goethe Universität Frankfurt/M. (Hrsg.), Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd. I, Karlsruhe 1961, S. 23 f.; vgl. auch H. Besters, Aspekte der Konzentration, a. a. O., S. 328

4) Vgl. zur Kritik an § 22: Wissenschaftlicher Beirat beim BWM, Gutachten zum Wettbewerbsproblem, a. a. O., S. 24 ff.

(4) Mit dem Hinweis auf die Sicherung des öffentlichen Interesses ist aber noch ein weiterer Rechtskomplex angesprochen, nämlich das Gesellschaftsrecht und hier insbesondere das Aktienrecht. Gerade im deutschen Aktienrecht wurde schon sehr früh auf Belange des Gemeinwohls Rücksicht genommen. Schon die Aktienrechtsnovelle von 1884 war "Ausdruck eines elementaren gesamtwirtschaftlichen Interesses an der richtigen Ordnung des Aktienrechts. . . Desgleichen haben die Reformen von 1931 und 1937 dem öffentlichen Interesse Rechnung getragen." ¹⁾

Des Gemeinwohls wurde hierbei aber immer in einer Weise gedacht, die sich rechtssystematisch mit der Konzeption des traditionell "interessenmonistisch" ²⁾ (an dem Interesse des Faktors Kapital) orientierten Aktienrechts in Übereinstimmung bringen ließ. Das trifft nicht mehr für die unternehmensverfassungspolitischen Reformen bzw. Bestrebungen nach dem 2. Weltkrieg zu, die der Wahrung des öffentlichen Interesses dienen sollen. Die Wiederherstellung des Einklangs zwischen privatem und öffentlichem Interesse bei ausfallender Kontrollfunktion des Wettbewerbs bei einem Teil der Privatunternehmen wird durch eine entsprechende rechtliche Verfassung dieser Unternehmen angestrebt, in Deutschland vornehmlich durch die Besetzung der Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgane mit Vertretern der Arbeitnehmer und / oder mit Vertretern des öffentlichen Interesses neben solchen der Eigentümer. ³⁾ Die Einführung der Mitbestimmung ⁴⁾ und die Forderung nach ihrer Ausdehnung sowie die Institutionalisierung des öffentlichen Interesses durch eigens dafür bestellte Vertreter schaffen die interessenpluralistisch orientierte Unternehmensverfassung im Gegensatz zur interessenmonistisch konzipierten Unternehmensverfassung des traditionellen Gesellschafts- bzw. Aktienrechts.

1) K. Ballerstedt, Aktienrechtsreform und Unternehmensverfassung, in: Forschungsstelle der Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Zur großen Aktienrechtsreform, Schriftenreihe der Forschungsstelle der Friedrich-Ebert-Stiftung, Hannover 1962, S. 36

2) H. W. Köhler, Unternehmensverfassung und Aktienrechtsreform, in: Juristenzeitung, 11. Jg. (1956), S. 139

3) Vgl. E. J. Mestmäcker, Die Unternehmenskonzentration im ausländischen Recht, in: H. Arndt (Hrsg.), Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. II, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N. F., Bd. 20/II, Berlin, 1960, S. 992

4) Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie, BGBl. 1951/I/Nr. 24; Betriebsverfassungsgesetz, BGBl. 1952/I/Nr. 43; Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz, BGBl. 1956/I/Nr. 38

Es dürfte damit genügend klar geworden sein, daß die Ansatzpunkte der Sicherung des Gemeinwohls für aus dem Konzentrationsprozeß entstehende Machtpositionen - soweit unternehmensrechtliche Regelungen zur Diskussion stehen - nicht bei der traditionell gesellschaftsrechtlich geregelten Unternehmungsverfassung gesucht werden können, sondern im Bereich eines hierfür zu schaffenden interessenspluralistisch orientierten Unternehmungsverfassungsrechtes liegen müßten. ¹⁾ Der Aktiengesellschaft käme im Rahmen eines derartigen unternehmungsverfassungspolitischen Vorgehens insofern eine dominierende Bedeutung zu, als es sich bei der AG ohnehin um die typische Organisationsform der Groß- und Größtunternehmungen handelt. ²⁾ Die Aktiengesellschaft ist der rechtliche Ausgangspunkt der Machtzusammenballungen. ³⁾ Zum anderen steht die überlieferte Aktiengesellschaftsform im Mittelpunkt der Bestrebungen einheitlicher interessenspluralistischer Unternehmungsverfassungspolitik. ⁴⁾

Die dualistische Wirtschaftsordnung ist ein Faktum. Mit seiner Berücksichtigung im Unternehmensrecht, d. h. der Differenzierung in der rechtlichen Organisation der Unternehmung in Abhängigkeit von Kriterien der Marktstellung, kann ohne Zweifel der Gefahr übermäßiger Konzentration begegnet werden.

Die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses durch dessen mittelbare (durch die Mitbestimmung) und / oder unmittelbare Institutionalisierung in der Unternehmungsverfassung, ergänzt durch eine aus Gründen des öffentlichen Interesses differenzierte Publizitätspflicht, ließe sich als Ergänzung ⁵⁾ zur legalisierten

-
- 1) Vgl. auch K. Ballerstedt, Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts, Bericht der Studienkommission des Deutschen Juristentages, Teil I, Tübingen 1955, S. 15; H. W. Köhler, a. a. O., S. 139
 - 2) E. Dülfer, Die Aktienunternehmung, Göttingen 1962, S. 38
 - 3) B. Großfeld, a. a. O., S. 5; vgl. auch E. Kantzenbach, Dynamischer Wettbewerb und oligopolitisches Marktverhalten, in: H. Jürgensen (Hrsg.), Gestaltungsprobleme der Weltwirtschaft, Festschrift für A. Predöhl, Göttingen 1964, S. 197
 - 4) Vgl. K. Ballerstedt, Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechtes, a. a. O. S. 44; M. Lohmann, Antiquierte Unternehmensverfassung, in: Der Volkswirt, 15. Jg. (1961), Nr. 51/52, S. 65 ff., 73
 - 5) Ein Mitglied des Wissenschaftlichen Beirates beim BMW ist z. B. der Meinung, daß Vorschriften gegen mißbräuchliches Verhalten im Wirtschaftsleben durch das GWB nicht ausreichen, wenn auch den verfassungspolitischen Bedenken Rechnung getragen werden soll, die marktbeherrschenden und zugleich überragend großen Unternehmen entgegengehalten werden müssen. Nötig seien unter diesem Aspekt Vorschriften über die willensbildenden Organe dieser Unternehmen und Konzerne, durch die politischer Mißbrauch der entstehenden sozial-

wettbewerbspolitischen Ausnahmeregelung des GWB denken. Gleichzeitig wäre indirekt damit eine vertretbare Konzentrationshemmung verbunden. Die prophylaktischen Wirkungen gegenüber übermäßiger (unerwünschter) Konzentration sind insofern auch gerade bei den Aktiengesellschaften anzusetzen, als innerhalb dieser Unternehmungsform die größeren einen ständig wachsenden Anteil des gesamten Grundkapitals auf sich vereinigen, was Kutzenberger anhand empirischen Materials nachweist. 1)

3. Aufbau der Arbeit

Der Aufriß der Problematik dieser Arbeit führt zu folgender Gliederung:

Die Vorläufer des Aktienrechts von 1965, insbesondere das von 1937, waren anerkanntermaßen konzentrationsfördernd. 2) Als konzentrationsfördernd hatte sich insbesondere die rechtliche Organisation der Bereiche

- der inneren Verfassung
- der Haftung und
- der Publizität

erwiesen. Eine kurze Darstellung der aktienrechtlichen Vorläufer unter dem Aspekt der Konzentrationsförderung liefert zugleich die Ansatzpunkte für eine Darstellung der rechtlichen Regelung dieser Bereiche im Aktienrecht von 1965 unter dem Aspekt des Konzentrationsproblems. Sodann ist das Aktienrecht von 1965 als Teil einer wettbewerblichen Wirtschaftsverfassung - eingeschränkt auf die Bereiche der inneren Verfassung, der Haftung und der Publizität - kritisch zu würdigen im Hinblick auf eine mögliche Konzentrationshemmung. Konzentrationshemmend ist das Aktienrecht von 1965 im Vergleich zu seinen Vorläufern, wenn dar-

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 16:

ökonomischen Macht verhindert wird (vgl. Gutachten zum Wettbewerbsproblem, a. a. O., S. 26, Fußnote).

1) G. Kutzenberger, Mitbestimmung der Aktionäre, Berlin 1963, S. 23

2) Vgl. z. B. W. Stützel, Aktienrechtsreform und Konzentration, in: H. Arndt (Hrsg.), Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. II, a. a. O., S. 907 ff.; E. J. Mestmäcker, Probleme der Konzentration im neuen Recht der verbundenen Unternehmen, in: Institut für Steuerrecht der Rechtsanwaltschaft e. V. (Hrsg.), Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1967/1968, Herne 1967, S. 99 ff.; J. H. Müller, Zu Salins These von der Unentrinnbarkeit der Konzentration, a. a. O., S. 282 f.

getan werden kann, daß in ihm die konzentrationsfördernden Bestimmungen abgebaut worden sind. Dieses antikonzentrationpolitische Vorgehen zählt zu den oben erwähnten indirekten Eingriffen und steht zunächst unter der Zielsetzung der Wettbewerbsneutralität.

Eine direkte antikonzentrationpolitische Maßnahme wäre hingegen die Beachtung des Tatbestandes dualistischer Wirtschaftsordnung und seine aktienrechtliche Auswertung in Form einer **Differenzierung** der körperschaftlichen Organisation und der Publizitätspflicht in Abhängigkeit von Kriterien dominierender Markstellung. Da das öffentliche Interesse als Publizitätsgrund für Großunternehmungen heute weithin anerkannt wird, kann sich die kritische Würdigung der Publizitätsregelung, die als Vorbild für eine allgemeine unternehmensrechtliche Lösung zu gelten hätte, im neuen Aktienrecht auf die Frage verbesserter gesamtwirtschaftlicher Kontrollmöglichkeiten konzentrieren. Umstritten sind hingegen unternehmensverfassungspolitische Bestrebungen, die das Ziel verfolgen, dem öffentlichen Interesse in der Unternehmungsverfassung auf mittelbare (durch Mitbestimmung) und / oder unmittelbare (durch eigens dafür bestellte Vertreter) Weise Geltung zu verschaffen. Das Ergebnis der kritischen Würdigung wird dementsprechend davon abhängen, ob ein derartiges Vorgehen zur Verbesserung der gesamtwirtschaftlichen Kontrolle der Großunternehmungen überhaupt gutgeheißen werden kann.

TEIL A

KONZENTRATION ALS PROBLEM DER INNEREN VERFASSUNG DER AKTIENGESELLSCHAFT

Die Begriffe innere Verfassung und Unternehmungsverfassung sind an sich synonym zu sehen. Mit dem Ausdruck "Verfassung" bezeichnen wir die rechtliche Stellung der Organe, derer die Aktiengesellschaft als juristische Person zum Tätigwerden bedarf, sowie die sachgerechte Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche der einzelnen Organe.¹⁾ Wenn im Rahmen dieser Arbeit trotzdem in der Wahl der Begriffe zwischen "innerer Verfassung" und "Unternehmungsverfassung" nuanciert wird, dann folgt das daraus, daß mit der eben gegebenen Begriffsdefinition noch keine Aussage darüber gemacht ist, ob das Problem der Berücksichtigung des in der Großunternehmung wirksamen Interessenpluralismus miteinbezogen ist oder nicht. Sprechen wir von "innerer Verfassung", dann soll diese gesellschaftsrechtlich aufgefaßt werden, d. h. zur Diskussion steht die interessenmonistisch (am Kapitalinteresse) orientierte Unternehmungsverfassung. Findet hingegen letzterer Begriff Anwendung, so wird auf das Problem der Integration des Interessenpluralismus in der Unternehmungsverfassung aufmerksamer gemacht, und es geht um die Frage der Überwindung des traditionellen Gesellschafts- bzw. Aktienrechts im Zuge interessenpluralistisch ausgerichteter Unternehmungsverfassungspolitik.

1. Kapitel:

Die Regelung der inneren Verfassung im Aktienrecht von 1937 unter dem Aspekt der Konzentrationsbegünstigung

Uns interessiert die Regelung des innerorganisatorischen Rechtszustandes im Aktienrecht von 1937²⁾ nur insoweit, als er den Konzentrationsprozeß gefördert oder zumindest erleichtert hat.

1) Vgl. die Definition der Verfassung der AG bei K. Ballerstedt Die Verfassung der Aktiengesellschaft und der Organschaftsvertrag, in: Der Betrieb, 10. Jg. (1957), S. 837. Ballerstedt rechnet allerdings noch das System der Vermögensbindung zum Verfassungsbegriff hinzu; wir können an dieser Stelle aber davon absehen. Probleme der Vermögensbindung werden uns in Teil B (S. 61ff.) beschäftigen.

2) Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30. 1. 1937, RGBL. 1937/I/Nr. 15

I. Gesetzlich gestützte Vorstandsmacht, Selbstfinanzierung und Konzentrationsbegünstigung

1. Selbstfinanzierungsmöglichkeit der Großunternehmen und Konzentrationsbegünstigung

(1) Unter Selbstfinanzierung wird die Bildung von Eigenkapital innerhalb des Betriebs verstanden, welche sich nicht durch Einlagen der Beteiligten (Gesellschafter, Aktionäre), sondern durch Nichtentnahme (Nichtausschüttung) von Gewinnen vollzieht. ¹⁾ Man unterscheidet zwischen offener oder ausgewiesener Selbstfinanzierung, die sich auf der Passivseite in einer Eigenkapitalerhöhung äußert, und verdeckter oder stiller Selbstfinanzierung, die bilanzmäßig nicht zutage tritt.

(2) Die konzentrationsfördernde Wirkung der Selbstfinanzierung wird zunächst (unabhängig von der Unternehmungsform) dann als gegeben angesehen, wenn "sie über lange Zeiträume hinweg aufgrund erstarter monopolistischer und oligopolistischer Marktstellungen, mangelnder Substitutionskonkurrenz und dynamischer Marktlagengewinne ermöglicht wird und dann ihrerseits die Vorzugsstellung dieser Unternehmen stärkt." ²⁾ Diese Umstände liegen gerade bei Großunternehmen vor und begünstigen sie besonders. ³⁾

Handelt es sich bei dem betreffenden Großunternehmen um eine Publikumsgesellschaft, so tritt noch folgender konzentrationsfördernde Effekt der Selbstfinanzierungsmöglichkeit hinzu. Zwar ist grundsätzlich bei allen Unternehmungsformen und -größen eine Selbstfinanzierung möglich. Bei den in der Klein- und Mittel-

1) K. Oettle, Selbstfinanzierung, in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, Bd. III, 3. Aufl., Stuttgart 1960, Sp. 4868; vgl. auch H. Janberg, Finanzierung und Finanzpolitik, in: H. Janberg (Hrsg.), Finanzierungshandbuch, Wiesbaden 1964, S. 33

2) R. Jochimsen, Selbstfinanzierung, in: Staatslexikon, Bd. 7, Freiburg 1962, S. 39; zur Konzentrationsförderung der Selbstfinanzierung vgl. ferner G. Schmolders, Volkswirtschaftliche Probleme der sogenannten Selbstfinanzierung, in: Moderne Investitionsfinanzierung, hrsg. von der Westdeutschen Finanzierungsgesellschaft mbH, Köln 1958, S. 74 f.; H. Rasch, Sind auf dem Gebiete des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderlich? Gutachten, in: Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Bd. I, 3. Teil, Tübingen 1957, S. 16 ff.; R. Liefmann, Kartelle, Konzerne, Trusts, 8. Aufl., Stuttgart 1930, S. 337 f.

3) Vgl. H. Besters, Aspekte der Konzentration, a. a. O., S. 325

industrie vorherrschenden Gesellschaftstypen ist jedoch die Wahrscheinlichkeit erheblich größer, daß das Geschäftskapital durch Privatentnahme verringert und dadurch die Expansion verlangsamt wird. Das trifft weit weniger zu im Falle einer großen Aktiengesellschaft mit einer Vielzahl von passiven Aktionären. Hier setzt die Verwaltung in praxi die Dividende allein fest. Die Unternehmungsleitung ist in der Regel daran interessiert, nur geringe Dividenden auszuschütten, um statt dessen eine Reserven- und Expansionspolitik zu treiben. ¹⁾ Je größer der Einfluß der Verwaltung ist, desto stärker ist die Tendenz zur Selbstfinanzierung und zur Fortsetzung der Kapitalakkumulation. ²⁾ Damit wird im Grunde auf eine Erscheinung hingewiesen, die in ihrer Bedeutung für die Konzentration von vielen hervorgehoben wird, nämlich die gerade bei großen Publikumsgesellschaften zu verzeichnende Verselbständigung der Unternehmungsleitung. ³⁾ Lenel meint z. B., daß jede Vergrößerung der Macht des Vorstandes bei den Publikumsaktiengesellschaften grundsätzlich für die Konzentration wirke. ⁴⁾ Eine der wichtigsten Grundlagen für die Autonomisierung der Verwaltung bei solchen Gesellschaften liegt in der Selbstfinanzierungsmöglichkeit. ⁵⁾ Innerhalb der Formen der Selbstfinanzierung kommt selbstverständlich unter diesem Aspekt der Möglichkeit, auf stille Weise Gewinne zu thesaurieren, besondere Bedeutung zu. Diese erlauben nicht nur eine Gewinnverwendung ohne Rechenschaftspflicht nach außen, sie begünstigen wiederum gerade die Einbehaltungspolitik der großen Aktiengesellschaften mit einer Vielzahl praktisch einflußloser Aktionäre. ⁶⁾

Welche Bedeutung die Selbstfinanzierung für die Expansion der Großunternehmen hat, wurde bereits im Enqueteausschuß von 1930 festgestellt: "Die deutschen Konzerne haben sich... zu ihrer heutigen Größe in erster Linie aus eigener Kraft, also dadurch entwickelt, daß sie den Betriebsgewinn zum wesentlichen Teil wieder zur Vergrößerung des Unternehmens verwendet haben und weniger dadurch, daß sie durch Ausgabe von Aktien oder Aufnahme von Anleihen sich fremdes Kapital

1) B. Großfeld, a. a. O., S. 23; vgl. auch W. Stützel, a. a. O., S. 919 f.; E. Kantzenbach, Dynamischer Wettbewerb, a. a. O., S. 199

2) B. Großfeld, a. a. O., S. 23 f.

3) Vgl. hierzu A. A. Berle, G. C. Means, The Modern Corporation and Private Property, New York 1932

4) Vgl. H. O. Lenel, Ursachen der Konzentration, a. a. O., S. 172; H. Willgerodt, Wirtschaftskonzentration unter der Lupe, in: Ordo, Bd. XIV (1963), S. 339; H. Rasch, Deutsches Konzernrecht, 3. Aufl., Köln-Berlin-Bonn 1966, S. 337

5) Vgl. A. A. Berle, The 20th Century Capitalist Revolution, New York 1954, S. 35 ff.

6) H. O. Lenel, Ursachen der Konzentration, a. a. O., S. 146

zuführen ließen. " 1)

Uns interessiert nun, inwieweit es den Verwaltungen der großen Aktiengesellschaften möglich war, Gewinne zur Expansion zurückzubehalten. Das ist eine Frage der Zuständigkeit im Hinblick auf die Gewinnermittlung und Gewinnverwendung zwischen Verwaltung und Hauptversammlung.

2. Die Feststellung des Jahresabschlusses im Aktienrecht von 1937 unter dem Aspekt der Begünstigung der Selbstfinanzierung

(1) Das alte Aktienrecht von 1870/1884/1931 sicherte der Generalversammlung, also der Gesamtheit der Aktionäre, die Zuständigkeit für die Feststellung des Jahresabschlusses und die Entscheidung über die zu verteilende Dividende zu. 2)

Die Praktizierung der handelsrechtlichen Bewertungsvorschriften führte aber schon früh zu einem tiefen Einbruch in das gesetzlich der Generalversammlung zustehende Gewinnfeststellungs- und -verwendungsrecht. Aufgrund der Nachgiebigkeit der Bewertungsvorschriften und der höchstrichterlichen Sanktionierung der Bewertungspraxis 3) war es den Verwaltungen möglich, eine ausgedehnte Politik der stillen Reserven zu betreiben. 4) Begründet wurde die Legung stiller Reserven mit dem Schutzbedürfnis des Unternehmens vor dem wirtschaftlichen Unverstand und dem Dividendenhunger der Aktionäre. Fischer stellt fest, daß unter der Vorherrschaft der "Theorie vom Unternehmen an sich" das Aktienwesen schon längst vor Erlaß des Aktiengesetzes vom 30. 1. 37 auf das "Führerprinzip" ausgerichtet war. "Seit bald zwei Jahrzehnten schon wurde mit Hilfe der stillen Reservepolitik durchschnittlich über die Hälfte der tatsächlich im Unternehmen erwerbswirtschaftlich tätigen Vermögenwerte... der Rechenschaft gegenüber den formalen Eigentümern, d. h. den Aktionären in der GV entzogen und die AG führte, mehr und mehr emanzipiert von ihren Mitgliedern, ein... bewußtes und allseits als berechtigt angesehenes "Eigen-

1) Ausschuß zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft (Hrsg.), I. Unterausschuß, 3. Arbeitsgruppe Wandlungen in den wirtschaftlichen Organisationsformen, Dritter Teil, Berlin 1930, S. 88 f.

2) "Die Hauptaufgabe der ordentlichen Generalversammlung besteht in der Genehmigung der Jahresrechnung" (R. Passow, Die Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Jena 1922, S. 472); vgl. ebenso den alten § 260 des HGB

3) Vgl. das Urteil des Reichsgerichts vom 11. 2. 1927 RGZ, 116, S. 119 ff.

4) Zu den damaligen Bewertungsgepflogenheiten vgl. R. Passow, a. a. O., S. 276 ff.

leben". " 1)

(2) Im Aktiengesetz von 1937 wurde formal legalisiert, was vorher praktisch weitgehend der Fall war: Eine völlige Entrechtung der Aktionäre im Hinblick auf die Feststellung des Jahresabschlusses, einschließlich der faktischen Wegnahme des Gewinnverwendungsrechtes. Dem Führerprinzip entsprechend, wurde die Verwaltung (Vorstand und Aufsichtsrat) nun legal oberstes Organ der Aktiengesellschaft.

Das unter dem Einfluß des Führerprinzips stehende Aktienrecht von 1937 begünstigte die Selbstfinanzierung der Aktiengesellschaften dadurch, daß es die Entscheidung darüber, welcher Teil des Reinvermögenszuwachses als Gewinn bezeichnet, festgestellt und ausgeschüttet werden sollte, praktisch allein der Verwaltung überließ. Kronstein und Claussen sprechen deshalb von einer von der Verwaltung festgestellten Gewinnverwendungsbilanz. 2)

Im einzelnen waren folgende Bestimmungen und Umstände für diese weitreichenden Entscheidungsbefugnisse über die Verwendung der erzielten Gesellschaftserträge verantwortlich: Nach § 125 AktG 1937 oblag die Gewinnfeststellung dem Vorstand und Aufsichtsrat. Die Verwaltung durfte dabei nach eigenem Ermessen Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rückstellungen und insbesondere offene Rücklagen vornehmen, woran die Hauptversammlung gebunden war.

Vorstand und Aufsichtsrat war es möglich, auf zweifache Weise realisierte Gewinne für die Finanzierung zurückzubehalten 3); Zunächst durch die Bildung stiller Reserven, wobei besonderes Gewicht den sog. willkürlich gelegten Reserven zukam. 4) Die Zulässigkeit der bewußten Bildung stiller Rücklagen war Ausfluß

1) C. E. Fischer, Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht, in: Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 154 (1955), S. 107

2) H. Kronstein, C. P. Claussen. Publizität und Gewinnverteilung im neuen Aktienrecht, Frankfurt/M. 1960, S. 126; "Die Bilanz der AG ist seit den 80er Jahren, bis in unsere Zeit hinein, zu einem perfektionierten Instrument geworden, nur so viel Gewinn in der Bilanz in Erscheinung treten zu lassen, als man glaubt, mit Rücksicht auf die Gewinnverwendung vertreten zu können" (E. Gutenberg, Bilanztheorie und Bilanzrecht, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft, 35. Jg. (1965) S. 15).

3) Quantifizierende Belege finden sich insbesondere in: H. Riese, K. Trommler, Rücklagenbildung in westlichen Industriestaaten, Tübingen 1962

4) Zu den verschiedenen Arten stiller Reserven vgl. K. Hax, Wesen und wirtschaftliche Bedeutung der stillen Reserven, in: H. Ulrich, F. Trechsel (Hrsg.), Aktuelle Fragen der Unternehmung, Bern 1957, S. 91 ff. vgl. hierzu auch G. Saage,

nachgiebiger bewertungsrechtlicher Vorschriften. Da Probleme des Bewertungsrechts aber vorrangig unter dem Aspekt der Publizität gesehen werden, sollen die bewertungsrechtlichen Einzelheiten des Aktiengesetzes von 1937 im Zusammenhang mit den im Teil C zu erörternden Fragen der Publizität behandelt werden. ¹⁾

Die Verwaltung war aber nicht nur aufgrund der ihr zugestandenen Gewinnverschleierungsmöglichkeiten imstande, betriebswirtschaftlich erzielte Gewinne zu thesaurieren, sondern weiterhin dadurch, daß die Bildung offener Rücklagen zur Gewinnfeststellung gehörte und somit in ihre Kompetenz fiel. Der Verwaltung war aktienrechtlich so viel Spielraum gegeben, daß sie praktisch frei darüber entscheiden konnte, welche Ziffer als Reingewinn ausgewiesen werden sollte, über dessen Verteilung dann erst die Hauptversammlung zu beschließen hatte. Die Konsequenz der Vormachtstellung von Vorstand und Aufsichtsrat in der Frage der Gewinnfeststellung war, daß regelmäßig nicht der Betrag des Gewinns ausgeschüttet wurde, der hätte ausgeschüttet werden können, sondern nur der Betrag, der mit Rücksicht auf die vorjährigen Ausschüttungen und auf die Dividendenhöhe vergleichbarer Gesellschaften im Interesse des Ansehens des Unternehmens ausgeschüttet werden mußte. ²⁾

II. Stimmrechtsregelung im Aktienrecht von 1937 und Konzentrationsbegünstigung

1. Aktienrechtliche Zulässigkeit der Konzernbildung als Begünstigung des Konzentrationsprozesses

(1) Die Konzernierung, d. h. das Zugeständnis der Beherrschung eines Unternehmens ohne vollen Anteilsbesitz, weist gegenüber den alternativen Konzentrationsformen erhebliche Vorteile auf ³⁾ und wird folglich den anderen Formen vorgezogen. Die Zulässigkeit der Konzernbildung hat insofern den Konzentrationsprozeß

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 23:

Die stillen Reserven im Rahmen der aktienrechtlichen Pflichtprüfung, Köln-Opladen 1959

1) Siehe Seite 101 f.

2) Begründung des Regierungsentwurfs eines Aktiengesetzes (fernerhin zitiert als Begründung RegE), in: B. Kropff, Aktiengesetz (Textausgabe), Düsseldorf 1965 S. 74

3) Vgl. hierzu H. O. Lenel, Ursachen der Konzentration, a. a. O., S. 150 ff.

begünstigt, als sicherlich bei einem Verbot der Konzernierung an ihre Stelle nicht in demselben Umfange andere Konzentrationsformen getreten wären. ¹⁾

Das läßt sich am einfachsten an dem wohl bedeutendsten Vorteil, nämlich der geringeren Kostenverursachung des Konzentrationsvorganges durch Konzernierung, zeigen. Aufgrund des aktienrechtlichen Mehrheitsprinzips kann der Großaktionär nicht nur über sein Eigentum verfügen, sondern auch über das der übrigen Aktionäre. ²⁾ Fischer meint, daß der Hauptgrund für die Wahl der Konzernierung derjenige war, "daß es zur Erreichung des Zieles der Zusammenfassung verschiedener Unternehmen zu einem einheitlichen wirtschaftlichen Zweck gar nicht erforderlich war, die Gesellschaften in vermögensrechtlicher Hinsicht ganz zu besitzen, sondern allein nötig war, einen bestimmten Teil des Aktienkapitals jeder dieser Gesellschaften in Besitz zu haben, um damit im Sinne des Aktienrechts durch Stimmrechtsausübung einen 'beherrschenden Einfluß' auf die Willensbildung der betreffenden Unternehmen zur Durchsetzung der Interessen der größeren wirtschaftlichen Einheit des 'Konzerns' geltend machen können." ³⁾

(2) Entscheidend für die Konzernierung und damit auch den Konzentrationsprozeß war nun die Tatsache, daß der Gesetzgeber sich nie dazu geäußert hat, ⁴⁾ inwieweit auch Unternehmensaktionäre, insbesondere wiederum juristische Personen, voll stimmberechtigte Mitglieder einer AG sein können, es somit der

1) "Die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der Beherrschung von Unternehmen ohne vollen Anteilsbesitz... (hat) in der gleichen Richtung (konzentrationsfördernd) gewirkt", Konzentrationsenquete, S. 60

2) Vgl. A. A. Berle, G. C. Means, a. a. O., S. 244

3) C. E. Fischer, Die Unternehmenskonzentration als Gegenstand wirtschaftsordnender und gesellschaftsrechtlicher Gesetzgebung, Bonn 1960, S. 36; ders., Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht, a. a. O., S. 118

4) In den USA hingegen war ursprünglich im Anschluß an die sog. ultra-vires-Lehre eine Konzernierung durch Beteiligung einer corporation an einer anderen und insbesondere die Bildung einer Holdinggesellschaft grundsätzlich unmöglich. Erst die Einführung des Holdingprivilegs durch New Jersey im Jahre 1890 erlaubte den Erwerb von Aktien einer corporation durch eine andere. Diesem Beispiele folgten dann auch bald die bedeutendsten anderen Staaten. Edwards wirft deshalb New Jersey auch vor, seine Gesetzgebung sei "candidly directed in order to facilitate the growth of monopoly" (C. D. Edwards, a. a. O., S. 135). Näheres hierzu: B. Großfeld, a. a. O., S. 160 ff.

Rechtspositivismus der aktienrechtlichen Vergangenheit als erlaubt unterstellte. ¹⁾

Unentbehrliche Grundlage der Ausübung der Konzernherrschaft ist das mit dem Anteilsbesitz verbundene Stimmrecht, so daß die traditionelle Stimmrechtsregelung, gerade auch die automatische Übertragung aller Rechte der natürlichen Person auf die juristische Person, in hohem Maße die Konzentration begünstigte. ²⁾

Insbesondere aufgrund der gegen Ende des 19. Jahrhunderts festzustellenden 'Anthropomorphisierung' der Aktiengesellschaft als juristische Person wurden kaum noch Bedenken gegen eine Beteiligung einer Aktiengesellschaft an einer anderen geäußert: "Sie wurde der natürlichen Person in jeder Hinsicht gleichgestellt, auch in der Fähigkeit, Aktien zu erwerben." ³⁾ Darüber hinaus wirkte die kartellrechtliche Entwicklung gegen Ende des 19. Jahrhunderts erheblich auf die Anschauungen über den Konzern zurück. Der sich im Kartellrecht zu jener Zeit abzeichnende Meinungsumschwung hatte unmittelbare Auswirkungen auf das Aktiengesetz. ⁴⁾ Das geht beispielsweise aus einer Bemerkung Menzels aus dem Jahre 1894 hervor: Da das geltende Recht ein Einschreiten gegen Kartelle nicht erlaube, könne auch nicht gegen Konzernierungen vorgegangen werden. ⁵⁾

Das Aktienrecht des HGB kannte zwar in § 252 Abs. 3 Satz 2 den Stimmrechtsausschluß für einen Aktionär, sofern es bei der Beschlußfassung um ein Rechtsgeschäft der Aktiengesellschaft mit ihm selbst ging. Wäre diese Bestimmung nach ihrem Wortlaut ausgelegt worden, so wäre die Verfügungsbefugnis des Großaktionärs erheblich eingeschränkt worden. Um die Anwendung dieser Verbotsvorschrift war es aber sehr schlecht bestellt: "Über kaum eine andere zwingende gesetzliche Vorschrift hat sich die Gesellschaftspraxis mit Billigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung so bedenkenlos hinweggesetzt wie über dieses Stimmrechtsverbot." ⁶⁾

1) Vgl. C. E. Fischer, Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht, a. a. O., S. 90 f.; vgl. auch H. Arndt (Aktuelle Probleme der Konzentration, in: Die Aussprache, 15. Jg. (1965), S. 216), der die wirtschaftliche Abhängigkeit für "ein Erzeugnis jenes mißverstandenen Laissez-faire (hält), das der Konzeption eines Rechtsstaates widerspricht."

2) Vgl. F. A. v. Hayek, Strukturpolitik und Wettbewerbswirtschaft, in: Die Aussprache, 9. Jg. 1959, S. 216

3) B. Großfeld, a. a. O., S. 150

4) ebenda, S. 156

5) A. Menzel, Die wirtschaftlichen Kartelle und die Rechtsordnung, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 61 (1895), S. 37

6) E. J. Mestmäcker, Verwaltung..., a. a. O., S. 266

2. Depotstimmrechtsregelung im Aktienrecht von 1937 und Konzernierung

(1) Zweifellos ist die Ausnutzung der durch das Aktienrecht gewährten Möglichkeit der Konzernbildung durch die Institution der Stimmrechtsübertragung (Depotstimmrecht der Banken) erleichtert worden. ¹⁾ Der Grund hierfür ist darin zu sehen, daß die Interessen der Banken, vor allem der Großbanken ²⁾, regelmäßig mit den Wünschen der Verwaltung und (oder) des Großaktionärs übereinstimmen, und das gilt auch für deren Konzentrationsvorhaben. ³⁾ "Indem die Banken in den Hauptversammlungen ihr Depotstimmrecht so gut wie ausnahmslos den Verwaltungen zur Verfügung stellen, sichern und schützen sie ihre Geschäftsverbindungen, über die in der Aktiengesellschaft die Verwaltung entscheidet." ⁴⁾

Die Legalisierung des Depotstimmrechtes im Aktienrecht erfolgte erst 1937. Während die Banken sich das Depotstimmrecht, das etwa seit den Jahren 1890/1900 bekannt ist, bis 1937 über ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen praktisch selbst gewährten, brauchten nach § 114 Abs. 4 AktG 1937 die Banken zum mindesten zur Ausübung des Stimmrechts einer schriftlichen, allerdings jederzeit widerruflichen Ermächtigung, die höchstens 15 Monate gültig war, um im eigenen Namen das Stimmrecht wahrzunehmen. Daneben waren die Banken aufgrund der vom privaten Bankgewerbe beschlossenen "Grundsätze über die Ausübung des Depotstimmrechts" ⁵⁾ angehalten, unter gewissen Voraussetzungen (bei angekündigter Opposition auf der Hauptversammlung oder bei Beschlüssen, die eine qualifizierte Mehrheit erforderten) Weisungen ihres Kunden einzuholen, ansonsten aber bei Fehlen einer Weisungserteilung das Stimmrecht so auszuüben, wie sie es im Interesse des Aktionärs für geboten erachteten.

Für den Nachweis, daß die bisherige Regelung konzentrationsfördernd war, genügt nun nicht allein die Feststellung, daß bei dieser Regelung die zu Konzentrations-

1) Vgl. H. O. Lenel, Ursachen der Konzentration, a. a. O., S. 166

2) Die Interessenidentität war mit einer Folge der Bankenkonzentration, die das Wesen des Depotstimmrechts (Stimmrechtsübertragung zum Zwecke einer sachkundigen Vertretung der Kleinaktionäre) erheblich veränderte (Sicherung und Erweiterung der Macht der Großbanken).

3) B. Großfeld, a. a. O., S. 28

4) E. J. Mestmäcker, Verwaltung... a. a. O., S. 92

5) abgedruckt in: C. E. Fischer, Das Depotstimmrecht der Banken und die Reform des Aktiengesetzes, in: Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung, N. F., 10. Jg. (1958, S. 29 f.

vorgängen führenden Beschlüsse leicht herbeigeführt werden konnten. Daneben muß gezeigt werden, daß bei einer anderen Vertretung entsprechende Beschlüsse unterblieben wären.¹⁾ Es läßt sich nur vermuten, daß z. B. bei Gesellschaften mit Großaktionären, die nicht schon die erforderliche Mehrheit in ihren Händen hatten, konzentrationsfördernde Beschlüsse bei Fehlen oder bei Erschwerung des Depotstimmrechtes weit weniger gesichert gewesen wären. In Publikumsaktiengesellschaften hätte der Wegfall des Depotstimmrechtes den Einfluß der Verwaltung auf Hauptversammlungsbeschlüsse erheblich vermindert, denn das Depotstimmrecht der Banken stellt nun einmal die wichtigste Machtquelle der Verwaltung dar²⁾. Vorschläge über Konzentrationen kommen aber durchweg von der Verwaltung.

Sodann ist nicht zu übersehen, daß gerade von den Banken oft Konzernierungsimpulse ausgehen, um gefährdete Kredite zu sichern. Fischer meint, wenn heute von den nahezu 80 % des gesamten Aktienkapitals deutscher Aktiengesellschaften aktiv oder passiv "konzernverschachtelt" ist, dann dürfte mindestens die Hälfte dieser Konzerngebilde im Wege von Verschachtelungen zwecks Verlustbereinigung und Wiederherstellung der Bonität zustande gekommen sein. Häufig hätten die Banken mit ihren breit gestreuten Aktionär-, Gläubiger- (von Krediten) und Kunden- (für hereingenommene Depositen) Interessen die Hand mit im Spiel gehabt.³⁾

2. Kapitel:

Die Regelung der inneren Verfassung im Aktienrecht von 1965 unter dem Konzentrationsaspekt

Nachdem wir im 1. Kapitel die wichtigsten rechtspolitischen Ansatzpunkte für eine Reform des Aktiengesetzes von 1937 in Fragen der inneren Verfassung unter dem Aspekt der Konzentrationsbegünstigung aufgezeigt haben, soll jetzt die Rechtslage nach dem Aktiengesetz von 1965 bei den Bestimmungen aus dem Bereich der inneren Verfassung dargestellt werden, die sich im alten Aktienrecht als konzentrationsfördernd erwiesen haben.

1) "Ein schlüssiger Nachweis dieser Art ist so gut wie ausgeschlossen" (H. O. Lenel, Ursachen der Konzentration, a. a. O., S. 169).

2) E. J. Mestmäcker, Verwaltung... a. a. O., S. 92

3) Vgl. C. E. Fischer, Das Depotstimmrecht der Banken, a. a. O., S. 37; auch E. J. Mestmäcker (Verwaltung... a. a. O., S. 245) weist auf die Tatsache hin, "daß Banken oft Schrittmacher der Konzernierung und Kartellierung waren."; vgl. auch G. Püttner, Das Depotstimmrecht der Banken, Berlin 1963, S. 126 f.

I. Gewinnfeststellung und Gewinnverwendung nach dem Aktienrecht von 1965

(1) Das neue Aktiengesetz hält formal an der Zuständigkeitsregelung von 1937 fest, d. h. daß die Verwaltung regelmäßig den Jahresabschluß feststellt (§ 172) und die Hauptversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinnes beschließt (§ 174 Abs. 1).

Die Selbstfinanzierungsmöglichkeit der Verwaltung erfährt aber durch eine inhaltliche Änderung des Gewinnfeststellungsrechtes und schärfere Bewertungsvorschriften eine Einengung. Die Darstellung der bewertungsrechtlichen Reform im einzelnen wollen wir wiederum aus den oben genannten Gründen im Zusammenhang mit den entsprechenden Ausführungen in Teil C ¹⁾ verbinden.

(2) Nach dem neuen Aktienrecht gehört die Bildung offener Rücklagen teilweise zur Gewinnfeststellung und damit in die Kompetenz der Verwaltung, teilweise zur Gewinnverwendung und damit in den Zuständigkeitsbereich der Hauptversammlung. In § 58 Abs. 2 AktG 1965 ist bestimmt, daß für den Regelfall ²⁾ der Jahresabschlußfeststellung, nämlich durch die Verwaltung, diese befugt ist, bis zur Hälfte des Jahresüberschusses in freie Rücklagen einzustellen. Über diesen Betrag hinaus kann die Verwaltung nur dann noch offene Rücklagen bilden, wenn sie durch die Satzung dazu berechtigt ist, aber auch nur bis die freien Rücklagen die Hälfte des Grundkapitals erreicht haben. Das Recht der Verwaltung beschränkt sich dann wieder auf die Hälfte des Jahresüberschusses. Im Regierungsentwurf ³⁾ war für die Bildung offener Rücklagen durch die Verwaltung vorgesehen, daß diese nur aufgrund einer Satzungsermächtigung freie Rücklagen bilden durfte, d. h. die Verwaltung wäre in jedem Falle auf einen vorherigen Satzungsbeschluß der Hauptversammlung angewiesen gewesen.

II. Stimmrechtsregelung im Aktienrecht von 1965

1. Aktienrechtliche Sanktionierung der Konzernbildung

Das Aktiengesetz von 1965 sanktioniert die Konzernierung in rechtspositivistischer Weise: "Es (das Aktiengesetz) muß den Konzern, dessen Verbot ernstlich nicht in Betracht gezogen werden kann, als eine gegebene Erscheinungsform unseres Wirt-

1) Siehe Seite 109 ff

2) Von dem Fall der Feststellung des Jahresabschlusses durch die HV sei hier abgesehen.

3) Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 75

schaftslebens hinnehmen." 1) Die Konsequenz ist, daß es somit in der Frage der Zulässigkeit der Stimmrechtsausübung durch den Konzernaktionär in den abhängigen Gesellschaften zu keiner Änderung gegenüber der bisher geübten Rechtspraxis kommen konnte.

Ebenso hat es das neue Gesetz bei der Zulässigkeit der Teilnahme des Großaktionärs an der Abstimmung über ein Rechtsgeschäft zwischen ihm und der Gesellschaft belassen (§ 136).

Nach wie vor ist es möglich, das Stimmrecht satzungsmäßig durch Festsetzung von Höchstbeträgen oder von Abstufungen zu beschränken. Die Regelung bei der Volkswagen AG kann hierfür als Beispiel dienen. 2)

2. Die Regelung des Depotstimmrechtes im Aktienrecht von 1965

Heftig umstritten im Parlament war die Reform des Stimmrechtes durch die Kreditinstitute. Zweck der Neuregelung sollte sein, wie es in der Begründung zum Regierungsentwurf heißt, "die Verwaltung mehr als bisher unter die Kontrolle der Aktionäre zu stellen und die Banken von dem Verdacht zu befreien, daß sie das Stimmrecht im eigenen Interesse ausübten." 3) Der Regierungsentwurf sah deshalb vor, das im eigenen Namen von den Banken ausgeübte Stimmrecht in ein von den Banken im Auftrage des Aktionärs nach dessen Weisung ausgeübtes Stimmrecht umzuwandeln. Nach dem Entwurf sollte das Kreditinstitut vor jeder Hauptversammlung den Aktionär anschreiben, ihm die Gegenstände der Tagesordnung, die Vorschläge der Verwaltung, etwaige Gegenanträge und eigene Vorschläge mitteilen und um Weisungen für die Ausübung des Stimmrechtes bitten. 4) Das Kreditinstitut sollte also nur noch aufgrund von Einzelvollmachten ein Stimmrecht für Dritte ausüben können. Der Bundestag bekannte sich jedoch nicht ganz zu dieser Regelung, die im Ergebnis darauf hinauslief, daß die Bank zur Ausübung des Stimmrechtes nicht nur der Vollmacht, sondern auch einer Weisung bedurfte. 5)

Gesetz wurde sodann eine Regelung, die nur unerheblich von der bis 1965 geltenden Ordnung abweicht. Ein Kreditinstitut darf wie bisher das Stimmrecht für De-

1) Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 16

2) Vgl. E. Dülfer, a. a. O., S. 193

3) Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 194

4) Vgl. § 129 Abs. 3 des RegE eines Aktiengesetzes, in: Deutscher Bundestag, Drucksache IV/171

5) Die Weisung hätte allerdings auch in Form einer bloßen Bezugnahme auf die vom Kreditinstitut vorgeschlagene Weisung geschehen können.

potaktien ausüben, wenn es schriftlich bevollmächtigt ist (§ 135 Abs. 1 AktG 1965). Dabei hat der Aktionär weiterhin die Wahl,

- entweder die Bank für jede Hauptversammlung zu bevollmächtigen,
- oder der Bank eine jederzeit widerrufliche Generalvollmacht für längstens 15 Monate zu erteilen.

Neu ist, daß das Kreditinstitut, das das Stimmrecht für seine Depotkunden ausüben will, für jede Hauptversammlung eigene Vorschläge zu den einzelnen Gegenständen der Tagesordnung mitteilen muß; es hat ferner den Aktionär um Erteilung von Weisungen für die Ausübung des Stimmrechtes zu bitten und darauf hinzuweisen, daß bei nicht rechtzeitiger Weisungserteilung das Kreditinstitut das Stimmrecht im Sinne der eigenen Vorschläge ausüben werde (§ 128 Abs. 2 AktG 1965).

Als Begründung für die unerhebliche Abweichung gegenüber der Depotstimmrechtsregelung im Aktiengesetz von 1937 waren nach dem Ausschlußbericht folgende Erwägungen maßgebend: Nach der Fassung des Regierungsentwurfs wären aller Voraussicht nach die Präsenzen in den Hauptversammlungen vermindert worden. Außerdem wäre die Entscheidungsfreiheit des Aktionärs ungebührlich eingeschränkt worden. ¹⁾

3. Kapitel:

Kritische Würdigung der inneren Verfassung unter dem Aspekt konzentrationshemmender Wirtschaftspolitik

Eine kritische Würdigung der Ergebnisse der Aktienrechtsreform von 1965 in Fragen der inneren Verfassung ist unter dem Aspekt einer Wirtschafts- und Rechtspolitik, die das Konzentrationsproblem in seiner Differenziertheit einer Lösung zuführen will, in zwei Stufen zu vollziehen: Einmal ist zu untersuchen, inwieweit die eben dargestellte Regelung der inneren Verfassung, soweit sie - von der Konzentrationsproblematik her gesehen - relevant ist, tatsächlich von konzentrationsfördernden Bestimmungen befreit wurde (I). Sodann ist die Regelung der inneren Verfassung unter Berücksichtigung von unternehmungsverfassungspolitischen Bestrebungen im Sinne pluralistischer Interessenorganisation im Unternehmen, die prophylaktisch der Gefahr übermäßiger (unerwünschter) Konzentration entgegenwirken würden, kritisch zu würdigen (II).

1) Vgl. Ausschlußbericht (Rechtsausschuß des Bundestages), in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 195 f.

I. Beurteilung des Abbaus konzentrationsfördernder Bestimmungen der inneren Verfassung

1. Kritische Würdigung der Zuständigkeitsregelung im Hinblick auf die Feststellung des Jahresabschlusses

Ohne Zweifel ist im neuen Aktienrecht die Selbstfinanzierungsmöglichkeit der Verwaltung durch die inhaltliche Änderung des Feststellungsrechtes (Beschneidung des Gewinnverwendungsrechtes in Form offener Rücklagen) und durch das noch zu behandelnde Verbot der Legung willkürlicher stiller Reserven verringert worden. Die jetzige Regelung beläßt der Verwaltung aber insbesondere dadurch immer noch einen Spielraum in der Möglichkeit zur Selbstfinanzierung, daß von der Verwaltung bis zu 50 % des Jahresüberschusses in die freien Rücklagen eingestellt werden können. Darüber hinaus besteht angesichts der Schwierigkeit, bei Bewertungsfragen das Ermessen von der Willkür abzugrenzen, auch nach einem Verbot der willkürlichen Unterbewertung die Gefahr, daß es zu - wenn auch in vermindertem Umfang - stiller Gewinnthesaurierung kommt. ¹⁾

(1) In der Diskussion um die Frage der Kompetenz von Verwaltung oder Hauptversammlung hinsichtlich der Gewinnfeststellung und -verwendung tauchten zwei extreme Positionen auf.

- Die eine Auffassung geht auf die sog. Theorie von den "gläsernen, aber verschlossenen Taschen" ²⁾ zurück. Ein Höchstmaß an Publizität soll verbunden werden mit einer völligen Entrechtung der Hauptversammlung im Hinblick auf Bilanzfeststellung und Gewinnverwendung. Vorstand und Aufsichtsrat können danach unbeschränkt über die Rücklagenbildung entscheiden.
- Dem eben **genannter Standpunkt** diametral entgegengesetzt ist die Forderung nach Wiedereinführung der Zuständigkeit der Hauptversammlung. Diese Position, die von der Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz ³⁾ vertreten wurde, bedeutet eine Rückkehr zur Zuständigkeitsordnung des Aktienrechtes von 1931.

Ausgehend von dem Anliegen, die Selbstfinanzierungsmöglichkeit der Verwaltung einzuengen, kann die erste Position nicht befriedigen. Der unter dem Aspekt der

1) Vgl. Teil C, S.117 f.

2) Diese Theorie, die sich an der amerikanischen Praxis orientiert, geht auf Kronstein-Claussen zurück (vgl. H. Kronstein, C. P. Claussen, a. a. O., S.136).

3) Arbeitsgemeinschaft der Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (Hrsg.), Denkschrift zur Reform des Aktienrechts, Düsseldorf 1952; E. Koch, Die Feststellung des Jahresabschlusses nach § 125, Abs.3 Aktiengesetz, in: Die Aktiengesellschaft 9. Jg. (1964), S. 157 f.

Selbstfinanzierungsproblematik kritisierte Rechtszustand von 1937 wäre erhalten geblieben.

Es ist nun zu fragen, was dagegen sprach, der Hauptversammlung wieder ganz das Recht zur Feststellung des Gewinnes zurückzugeben, um den Selbstfinanzierungsspielraum - verglichen mit den durch das Aktiengesetz von 1965 geschaffenen Verhältnissen - der Verwaltung noch mehr einzuengen. ¹⁾ Der gesetzgeberischen Konzeption, der Verwaltung das eigentliche Feststellungsrecht der Gewinne zu belassen, ist zuzustimmen. Bei der Feststellung des Jahresabschlusses geht es vor allem um Wertansätze, Abschreibungen, Wertberichtigungen und Rückstellungen. Die hierbei auftretenden Fragen sind so vielgestaltig, daß sie von einer Vielzahl von Aktionären kaum zureichend erörtert und sachgemäß entschieden werden können. Hinzu kommt die bei der breiten Masse der Publikumsaktionäre fehlende Vertrautheit mit entsprechenden wirtschaftlichen Kenntnissen. Eine zweckdienliche Lösung zur Vermeidung eines zu stark strapazierten Ermessensspielraumes stellte somit die Entscheidung, der Hauptversammlung das Gewinnfeststellungsrecht zu geben, nicht dar. ²⁾ Es käme wahrscheinlich zu Streitigkeiten über Ermessensfragen. "Schließlich hat die Gewinnfeststellung in der Zeit vor dem jetzigen Aktiengesetz (1937, der Verfasser) tatsächlich zu vielen unfruchtbaren und kaum lösbaren Zwistigkeiten zwischen Hauptversammlung und Verwaltung geführt." ³⁾ Leffson weist darauf hin, daß sich einer willkürlichen, zu vorsichtigen wie auch einer zu unvorsichtigen Bewertung durch den Vorstand Grenzen nur durch das Gesetz und die Kontrolle des Abschlußprüfers setzen lassen. ⁴⁾ Es wäre von daher gesehen allerdings sinnvoll gewesen, die Unabhängigkeitsstellung des Abschlußprüfers, zumindest bei den großen Aktiengesellschaften, erheblich zu verstärken. ⁵⁾

(2) Es ist nunmehr zu prüfen, ob es zweckmäßig war, der Verwaltung eine be-

1) Ob es dadurch tatsächlich zu einer Einschränkung des Selbstfinanzierungsreservoirs kommen würde, sei hier dahingestellt. Bei majorisierten Gesellschaften dürfte dies nicht der Fall sein; bei Publikumsgesellschaften bestehen insofern Bedenken, als die beschließende HV ja durch die Praxis des Depotstimmrechts weitgehend dem Einfluß der Verwaltung unterliegt.

2) Leffson meint: "Die HV sollte... auf den Inhalt des Jahresabschlusses, d. h. auf die ihm zugrunde liegenden Bewertungen keinen Einfluß nehmen (U. Leffson, Der Jahresabschluß in der Aktienrechtsreform, Wiesbaden 1961, S. 24).

3) J. Kahl, Macht und Markt, Berlin 1956, S. 188

4) U. Leffson, a. a. O., S. 19 f.

5) Vgl. Teil C, S. 127 ff.

grenzte Zuständigkeit in der Bildung offener Rücklagen im Rahmen der Gewinnfeststellung zu belassen. Unter dem Einfluß der Theorie von den "gläsernen, aber verschlossenen Taschen" war in der Reform ein Trend zu erkennen, der einerseits zu einer Einengung der Möglichkeiten der Gewinnverschleierung führte, andererseits aber den Einfluß der Verwaltung auf die offene Gewinnverwendung vergrößerte. Während der Referenten- und Regierungsentwurf der Verwaltung im Hinblick auf die stille Rücklagenbildung noch erheblichen Raum gewährten, machten sie die Bildung offener Rücklagen durch die Verwaltung von dem Vorhandensein einer Satzungsermächtigung abhängig. Das neue Aktienrecht brachte hingegen eine Unterbindung von willkürlich gelegten stillen Reserven, dafür aber auch die gesetzliche Zuständigkeit der Verwaltung in der Frage der offenen Rücklagenbildung bis zur Hälfte des Jahresüberschusses nach Abzug der gesetzlichen Rücklage und eines evtl. Verlustvortrages. Das zeigt, daß der Verwaltung auf jeden Fall für einen gewissen Teil des Gewinns ein von der Hauptversammlung unabhängiger Verwendungsanspruch zugesprochen werden sollte. Begründet wurde dies mit dem Unternehmungsinteresse, d. h. mit der Notwendigkeit, die Beträge der Ausschüttung vorzuenthalten, die zur Fortführung des Unternehmens und zur Erhaltung der Arbeitsplätze notwendig seien. ¹⁾ "Daß die auf Dauerexistenz bedachte Unternehmung im Interesse ihrer Fortentwicklung die erzielten Gewinne nicht restlos ausschütten darf, sondern bestimmte Teile für den Schwankungsausgleich auf lange Sicht und zur Bewältigung zukünftiger Aufgaben zurückbehalten muß, ist unbestritten." ²⁾ Nach vorherrschender Meinung soll es deswegen für den Teil der freien Rücklagenbildung bei der Zuständigkeit der Verwaltung bleiben, der zur Bestandserhaltung erforderlich ist, und zwar im Interesse einer nicht emotionalen, von der Stimmung der HV abhängigen Unternehmungspolitik. ³⁾ Leffson hält im Anschluß an Kosiol ein Teilzuständigkeitsrecht der Verwaltung über die Gewinnverwendung schon des-

1) Bundesjustizministerium (Hrsg.), Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Bonn 1958, S. 282; vgl. auch den Ausschußbericht, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 76

2) E. Kosiol, Bilanzreform und Einheitsbilanz, 2. Aufl., Berlin-Stuttgart 1949, S. 191

3) U. Leffson, a. a. O., S. 29; F. Böhm bekennt sich ebenfalls zu dieser Lösung (vgl. dessen Geleitwort zur Schrift Leffsons); Reinhardt stellt im Hinblick auf die beiden extremen Lösungsmöglichkeiten der Gewinnverwendung allein durch die Hauptversammlung bzw. durch die Verwaltung fest: "Jede der Lösungen bedürfte zum mindesten irgendwelcher Vorkehrungen dagegen, daß sie zu einseitig ausfiele" (R. Reinhardt, Aktienrecht in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung, in: Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft (Hrsg.), Tagungsprotokoll Nr. 9, Ludwigsburg 1958, S. 107).

wegen für unentbehrlich, um die Verwaltung nicht geradezu zu zwingen, Zuflucht zu dem verderblichen Mittel der stillen Reserven zu nehmen. ¹⁾

Außerdem sei auf das Problem hingewiesen, das von betriebswirtschaftlicher Seite verschiedentlich hervorgehoben wird, daß der Handelsbilanz, die am Grundsatz der nominellen Kapitalerhaltung festhält, ²⁾ nicht allein die Funktion der Ermittlung irgendwie entziehbarer Gewinne zugeschrieben werden könne. Als weiteres Bilanzierungsziel wird die Ermittlung des Gewinnes als eines Indikators der Unternehmensentwicklung angesehen. ³⁾ Kosiol warnt nun eindringlich vor einer Verquickung von Erfolgsrechnung und Gewinnausschüttung. ⁴⁾ Was betriebswirtschaftlich als Gewinn zu gelten hat, der auch ausgeschüttet werden kann, ist immer noch ungeklärt. ⁵⁾ "Das reine Nominaldenken im Sinne investierter Geldmittel genügt in Zeiten stärkerer Wertänderungen nicht für die Zwecke der Gewinnausschüttung. . . " ⁶⁾

In der Begründung des Ausschlußberichtes zur Teilzuständigkeit der Verwaltung in der Bildung offener Rücklagen spielte der Gedanke der Substanzerhaltung so- dann auch eine besondere Rolle. ⁷⁾

Grundsätzlich wird demnach eine begrenzte Zuständigkeit der Verwaltung in der offenen Rücklagenbildung überwiegend befürwortet. ⁸⁾ Strittig ist hingegen das Ausmaß der Verwaltungszuständigkeit. Die Höhe der freien Rücklagenbildung nach § 58 AktG 1965 durch die Verwaltung soll offensichtlich nicht nur der Bestandserhaltung dienen, sondern - wie ausdrücklich ausgeführt wurde - "darüber

1) U. Leffson, a. a. O., S. 29

2) W. Busse v. Colbe, Substanzerhaltung, in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 3. Bd., 3. Aufl., Stuttgart 1957, Sp. 5311

3) A. Moxter, Bilanzierung und ungewisse Erwartungen, in: Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung, N. F., 14. Jg. (1962), S. 630

4) E. Kosiol, a. a. O., S. 196

5) A. Schnettler, Grundsätzliches zum Problem der betrieblichen Substanzerhaltung, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, 5. Jg. (1953), S. 193 ff.

6) ebenda, S. 207

7) Ausschlußbericht, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 242 f.

8) Vgl. auch H. O. Lenel, Diskussion über die Aktienrechtsreform, in: Ordo, Bd. XIII (1962), S. 427 ("Der Verwaltung muß jedenfalls die Kapitalerhaltung, die Erhaltung des Bestands des Unternehmens möglich sein"); W. Busse v. Colbe, Gewinnrücklagen im veröffentlichten Jahresabschluß, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft, 32. Jg. (1962), S. 401

hinaus die mit der zunehmenden weltwirtschaftlichen Verflechtung erforderliche Anpassung des Produktionspotentials an den Stand der Technik ermöglichen." 1) Was an dieser Argumentation verblüfft, ist nicht die - unbestreitbare - Notwendigkeit der Berücksichtigung des technischen Fortschritts, sondern die Meinung, daß für solche Investitionen Selbstfinanzierung dringend erforderlich ist. Wohl am härtesten kritisiert Rasch diese Auffassung: "Es ist in der Tat... in erheblichem Maße nicht so, wie es gewöhnlich dargestellt wird, daß der technische Fortschritt derart neue Finanzierungsmethoden notwendig macht, sondern m. E. umgekehrt. Falsche Finanzierungsmethoden lassen als Fortschritt erscheinen, was in Wahrheit totale Vergeudung ist." 2)

Auch Schnettler hält im Hinblick auf eine leistungsmäßige Kapitalerhaltung offensichtlich eine Selbstfinanzierung nur bedingt für erforderlich: "Ob es notwendig ist, die Änderungen der technischen Leistungskraft der Branche durch höhere Aufwandsbewertung zu berücksichtigen, die zu einer Selbstfinanzierung führen würde, kann nur unter Beachtung der Kapitalverhältnisse und der Liquidität entschieden werden. Bei geordnetem Geld- und Kapitalmarkt dürfte aber in vielen Fällen die Ausschaltung der Preisänderungen... ausreichen." 3) Überdies genießen gerade die großen Aktiengesellschaften das Privileg der Kapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt. 4)

Eine stärkere Beschränkung der Verwaltungszuständigkeit in der Möglichkeit zur Bildung offener Rücklagen wäre - gesamtwirtschaftlich gesehen - vertretbar gewesen. Es muß immerhin berücksichtigt werden, daß die Bewertungsvorschriften der Verwaltung bei der Feststellung des Gewinnes einen beträchtlichen Bewertungsspielraum lassen. Die jetzige Regelung wäre allerdings dann positiver zu sehen, wenn man sich zu einer Gewinnermittlungsrechnung (zu Publizitätszwecken) hätte entschließen können, die soweit wie möglich von dem Vorsichtsprinzip befreit ist. 5) Dies ist aber nicht der Fall. Leffson schlägt z. B. vor, das Recht des Vorstandes, nach freiem Ermessen einen Teil des Jahresgewinns offenen Rücklagen zuzuführen, auf maximal ein Drittel des Jahresgewinns zu beschränken. 6) Bei gesamtwirtschaft-

1) Ausschlußbericht, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 243

2) H. Rasch, Probleme der Aktienrechtsreform, in: Interne Revision in der Wirtschaft und im Unternehmen, Bd. 1 der Schriftenreihe des Instituts für Interne Revision, München 1961, S. 120 f.

3) A. Schnettler, a. a. O., S. 207

4) Zur Einschränkung des oft angeführten Einwandes der Unergiebigkeit des Kapitalmarktes vgl. W. Stützel, a. a. O., S. 916 f.

5) Vgl. die Ausführungen S. 118 f.

6) U. Leffson, a. a. O., S. 29

licher Betrachtung wäre eine Reduzierung der Einbehaltungsmöglichkeit seitens der Verwaltung auch aus Gründen der Belebung des Kapitalmarktes zu fordern.

Damit es auch tatsächlich zu höheren Ausschüttungen kommt, ist es erforderlich, den Einfluß des Vorstandes bei Publikumsgesellschaften auf die Verwendung des Bilanzgewinnes zu reduzieren. ¹⁾ Bei Majoritätsgesellschaften läßt sich auf diese Weise nicht viel erreichen. Hier bietet allenfalls der Zwang zu einer Mindestverzinsung von 4 % nach § 254 AktG 1965 einen - allerdings geringen - Schutz vor der sog. "Aushungerung" durch den Großaktionär bei der Beschlußfassung über die Verwendung des Bilanzgewinnes.

2. Kritische Würdigung der Stimmrechtsregelung im neuen Aktienrecht

a) Konzernierung und Fusionierung aus der Sicht konzentrationshemmender Aktienrechtspolitik

Wir haben oben festgestellt, daß das stillschweigende Zugeständnis gesellschaftsrechtlicher Zulässigkeit der Konzernierung ganz erheblich den Konzentrationsprozeß gefördert hat. Der aktienrechtlichen Stimmrechtsregelung, d. h. insbesondere der automatischen Übertragung des Stimmrechts der natürlichen Person auch auf juristische Personen, kam hier besondere Bedeutung zu. Die Möglichkeit der Konzernbildung ist eine der wichtigsten Ursachen dafür, daß in einer verkehrswirtschaftlichen Ordnung die wirtschaftliche Macht, die es zu erringen gibt, nicht auf das verfügbare eigene Vermögen beschränkt bleibt. ²⁾ Wenn aber - wie Meyer meint - "ein Recht der Aktiengesellschaft zum Niedergang einer Wettbewerbsordnung (beiträgt), wenn es die Umfälschung der Sammelfunktion für Kapitalsplitter in eine Funktion der erleichterten Ansammlung von wirtschaftlicher Macht duldet," ³⁾ ist es an der Zeit zu fragen, inwieweit man bei einem Verbot der Konzernierung auf die gesamtwirtschaftlichen Vorteile, die zweifellos aus dem Zusammenschluß von Unternehmungen resultieren können, völlig verzichten müßte. Das dürfte nun keineswegs in vollem Umfange zu erwarten stehen, denn immerhin bliebe der Weg der Fusion offen. Der konzentrationshemmende Effekt aus der Verteuerung des Konzentrationsvorganges sollte aber im Interesse des besseren Schutzes der marktwirtschaftlichen Ordnung in Kauf genommen werden. Die

1) Vgl. hierzu die kritische Würdigung der Depotstimmrechtsregelung unten S. 39ff.

2) H. O. Lenel, Ursachen der Konzentration, a. a. O., S. 165

3) F. W. Meyer, Die ordnungspolitische Bedeutung der Aktienrechtsreform, in: U. Leffson, a. a. O., S. 9

Unternehmenskonzentration durch Konzernierung ist nämlich im Vergleich zur Fusion weder ein Weniger an Konzentration, noch ist sie der Fusion gesamtwirtschaftlich aus anderen Gründen überlegen. ¹⁾ Im Gegenteil, die produktionswirtschaftlichen Vorteile, höhere Einzelrisiken übernehmen zu können - womit gerade die gesamtwirtschaftlichen Vorteile verbunden sind - sind bei Fusionen eher größer. ²⁾ Auch Fischer meint, daß "die verschmelzende Fusion mehrerer zuvor als äußerlich selbständige juristische Personen betriebener Unternehmen eine echte Alternative zum Weg der Konzernierung darstellt."³⁾

Welche Konsequenzen sind daraus rechts- und wirtschaftspolitisch zu ziehen? Wenn im Interesse der Verhinderung übermäßiger (unerwünschter) Konzentration der Fusion gegenüber der Konzernierung der Vorzug zu geben ist, ⁴⁾ so sollte das neue Aktienrecht dem Rechnung tragen. Tatsächlich stellen wir auch den - allerdings unzureichenden - Versuch einer tendenziellen Angleichung der Konzernierung an die Fusion fest, aber nur in haftungsrechtlicher Hinsicht. ⁵⁾

Auf längere Sicht hin sollte man sich mit der Frage auseinandersetzen, inwieweit die automatische Übertragung aller Rechte (auch des Stimmrechtes) natürlicher Personen auf juristische Personen rückgängig gemacht werden kann. Die erfolgte Gleichstellung von natürlichen und juristischen Personen war keineswegs eine Folge liberaler Prinzipien. "Welche Rechte eine Aktiengesellschaft haben soll, ist ausschließlich eine Zweckmäßigkeits- und nicht eine Prinzipienfrage." ⁶⁾ Hayek hält es für eine Betrachtung wert, auf lange Sicht hin das Problem der Stimmrechtsbegrenzung auf natürliche Personen zu durchdenken, ohne aber für

1) E. J. Mestmäcker, Probleme der Konzentration... , a. a. O. , S. 104

2) Vgl. W. Stützel, a. a. O. , S. 980; dort findet sich auch eine weitere Gegenüberstellung der beiden Konzentrationsformen Konzernierung und Fusionierung.

3) C. E. Fischer, Die Unternehmenskonzentration... , a. a. O. , S. 29

4) Vgl. ebenda, S. 7; vgl. auch H. Rasch, Gewinnabführungs- und Weisungsverträge im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, a. a. O. , S. 167; auch Arndt scheint die Konzernierung als solche kritisch zu sehen, wenn er sagt: "Solange der Gesetzgeber beherrschende und abhängige Gesellschaften zuläßt, sanktioniert er mit der Macht den Machtmißbrauch. Die rechtliche Sanktionierung wirtschaftlicher Abhängigkeit ist mit einer freien Wirtschaft grundsätzlich unvereinbar" (H. Arndt, Aktuelle Probleme der Konzentration, a. a. O. , S. 214).

5) Vgl. Teil B

6) F. A. v. Hayek, a. a. O. , S. 216; vgl. auch C. E. Fischer, Die Unternehmenskonzentration... , a. a. O. , S. 14 ff.

heute schon eine derartige drastische Maßnahme zu empfehlen. ¹⁾ Interessant ist, daß in den USA, seit sich immer mehr die Ansicht durchsetzt, daß das Antitrust-Recht allein nicht in der Lage ist, private wirtschaftliche Macht in den von der Freiheit geforderten Schranken zu halten, ähnliche Überlegungen angestellt werden. ²⁾ Edwards beispielsweise sagt: "What is needed is a return towards older and sounder principals of corporate organisation." ³⁾ Simons, der die Übertragung der Zuständigkeit für das Aktienrecht auf den Bund fordert, möchte in den zu erlassenden Bundesgesetzen den Erwerb von Aktien durch Aktiengesellschaften völlig verboten wissen. ⁴⁾

Angeichts der Tatsache, daß die Frage einer Beschränkung des Stimmrechts auf natürliche Personen - und die damit notwendig verbundene Beschränkung des Anteils der Aktien einer Gesellschaft, die von anderen Aktiengesellschaften besessen werden können - kaum je ernstlich erwogen wurde ⁵⁾, kann zwar dem Gesetzgeber in dieser Hinsicht kein Vorwurf gemacht werden, trotzdem sollte aber für weitere Reformen dieser Gesichtspunkt im Interesse der Sicherung der Wettbewerbsordnung im Auge behalten werden. ⁶⁾

b) Beurteilung der Depotstimmrechtsregelung im neuen Aktienrecht

Die kritische Würdigung der Depotstimmrechtsregelung hat unter dem Aspekt der Konzentrationshemmung von der Frage auszugehen, ob mit der Neuregelung die Gewähr dafür gegeben ist, daß die Verwaltung in Publikumsgesellschaften einer Kontrolle unterstellt wird, die sich auch tatsächlich vom Aktionärsinteresse leiten läßt. Hiergegen sind auch nach erfolgter Neuregelung noch Bedenken anzu-

1) F. A. v. Hayek, a. a. O., S. 217

2) B. Großfeld (a. a. O., S. 178) im Anschluß an; M. L. Lindahl, W. A. Carter (Corporate Concentration and Public Policy, 3 rd. ed., Englewood Cliffs N. J. 1959, S. 656 f.) und L. B. Schwartz (Monopoly, Monopolizing and Concentration of Market Power, in: A. Phillips (Hrsg.), Perspectives on Antitrusts Policy, (Princeton N. J. 1965, S. 118)

3) C. D. Edwards, a. a. O., S. 135

4) H. C. Simons, Economic Policy for a Free Society, Chicago/Ill. 1948, S. 58

5) F. A. v. Hayek, a. a. O., S. 217

6) B. Großfeld (a. a. O., S. 184 f.) hält ein Verbot von Konzernen oder zumindest ein Verbot des Erwerbs von Aktien durch Aktiengesellschaften zwar für konsequent, lehnt es aber insofern ab, als sie nicht der Forderung einer elastischen Regelung entspreche.

bringen. ¹⁾ Wir haben festgestellt, daß sich de facto nicht viel geändert hat. Das Ziel, die Verwaltung mehr als bisher unter die Kontrolle der Aktionäre zu stellen, scheint zunächst dadurch Berücksichtigung gefunden zu haben, daß das Ausmaß der Unterrichtung des Depotkunden (§ 128 AktG 1965) und damit nicht nur die Möglichkeit, sondern auch der potentielle Umfang der Weisungserteilung des Aktionärs an die Bank verbessert wurden. Der mit dieser Depotstimmrechtsänderung verfolgte Zweck dürfte aber insofern kaum zu erreichen sein, als damit zu rechnen ist, daß auch jetzt eine Vielzahl der Aktionäre mit der gleichen Passivität gegenüber der Wahrnehmung ihrer Rechte reagieren werden, wie es bis zur Neuregelung der Fall war, d. h. die Kleinaktionäre gehen wahrscheinlich auf die Schreien der Kreditinstitute gar nicht ein. ²⁾ Von daher gesehen gewinnt die weiterhin zulässige Generalbevollmächtigung für längstens 15 Monate an Bedeutung. Damit wird der Bank - sofern sie nur die Generalvollmacht hat - das Recht gegeben, auch ohne Weisungserteilung das Stimmrecht auszuüben, und zwar regelmäßig im Sinne der Verwaltung.

Über die alten Argumente, die zur Verteidigung der Stimmrechtsvollmacht für 15 Monate vorgebracht werden - nämlich die Gefahr der Verödung der Hauptversammlung und der Entstehung von Zufallsmehrheiten - urteilt Fischer: "... eine 'Verödung' im Interesse der Rechtsordnung (dürfte) immer noch besser zu ertragen sein, als eine Verfälschung des der AG gewährten Selbstverwaltungs-Privilegs durch mit Interessenkonflikten beladene Bankenvertreter in Wahrnehmung der Stimmrechte aus Depot-Kundenaktien." ³⁾

Wenn der Aktionär willens ist, von den erweiterten Weisungsmöglichkeiten Gebrauch zu machen, wird es ihm in der Regel an dem erforderlichen Sachverstand fehlen, ⁴⁾ um mit einigermaßen fundiertem Urteil über die Verwaltungsvorschläge entscheiden zu können. Beides spricht für eine Reform der Organisation der

1) Vgl. die Besprechung des Buches von G. W. Engler (Vor Aktien wird gewarnt, München 1967) durch H. Brestel, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 94 v. 22. 4. 1967; vgl. auch B. Großfeld, a. a. O., S. 206

2) Vgl. hierzu die Feststellungen von C. E. Fischer, Das Depotstimmrecht der Banken und die Reform des Aktiengesetzes, a. a. O., S. 30; vgl. auch H. Linhardt, Zur Bildung von Aktionärsausschüssen, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, 13. Jg. (1961), S. 324

3) C. E. Fischer, Die Reform des Aktiengesetzes, in: Archiv für civilistische Praxis, Bd. 154 (1955), S. 223

4) Außerdem ist fraglich, ob die Informationen, die zwar im Vergleich zu früher verbessert wurden, zu einer sachgerechten Meinungsbildung ausreichend sind.

Stimmrechtsübertragung in der gültigen Form durch eine Regelung, bei der die jetzt faktisch immer noch bestehende Gefahr einer Interessenkollision vermieden wird und gleichzeitig eine wirksame Kontrolle der Verwaltung durch aktionärsinteressengetreue Vertreter gegeben ist.

Zur Reform des Depotstimmrechtes ergingen vor und während der jüngsten Aktienrechtsreform eine Vielzahl von Vorschlägen, deren Wiedergabe insgesamt hier nicht möglich ist. ¹⁾ Eine wirkliche Änderung der Situation scheint nur dann möglich zu sein, wenn man auf den materiellen Inhalt der Stimmrechtsausübung Einfluß nimmt. Dieser Forderung entspricht z. B. der in dem Gutachten der Friedrich-Ebert-Stiftung gemachte Vorschlag, das Depotstimmrecht der Banken inhaltlich an die Empfehlungen eines bei Publikumsgesellschaften zu schaffenden Aktionärausschusses zu binden. ²⁾ Weiterhin wurden Überlegungen angestellt, die auf eine mehr oder weniger vollständige Substitution des Depotstimmrechtes hinauslaufen. Ballerstedt erwog z. B. die Übertragung des Stimmrechtes auf von der Gesellschaft unabhängige Wirtschaftsprüfer. ³⁾ Als Träger und Vertreter der Kleinaktionärsinteressen kämen aber auch Aktionärsvereine infrage. Darunter sind organisierte Zusammenschlüsse der Publikumsaktionäre zum Schutze ihrer Interessen zu verstehen. In der Praxis kommen diese Selbsthilfeorganisationen in zwei Formen vor: gesellschaftsbezogen (z. B. "Aktionärsverein der Phrix-Werke e. V. ") und überbetrieblich (z. B. "Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz"). Zwar ist die praktische Bedeutung, die diese Vereinigungen der Aktionäre bis heute erlangt haben, gering. ⁴⁾ Sollte es aber gelingen, auf dem Hintergrund dieser Vereinigungen eine durchschlagskräftige Organisation aufzubauen - staatliche Unterstützung unter der Berücksichtigung des Ziels breitgestreuten Eigentums miteinbezogen -, so dürfte daraus eine echte Alternative zum Depotstimmrecht erwachsen. Linhardt betrachtet diese Vereinigungen als ein "Novum. . . , woraus eines Tages neue Formen der Beratung und Willensbildung entstehen können. . . " ⁵⁾ In dem Maße, in

-
- 1) Vgl. hierzu U. Klug, Die Neuordnung des Bankenstimmrechts, in: B. Samson (Hrsg.), a. a. O., S. 39 ff.
 - 2) Forschungsstelle der Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Aktienrecht und Rechtswirklichkeit, akt. Beitr. Heft 2, Hannover 1964, S. 72 f.
 - 3) K. Ballerstedt, Unternehmen und Wirtschaftsverfassung, in: Juristenzeitung, 6. Jg. (1951), S. 493; vgl. auch die Vorschläge von G. Püttner, a. a. O., S. 153 und von O. Bühler, Aktienrechtsreform dringlich geworden, in: Die Aktiengesellschaft, 2. Jg. (1957), S. 137
 - 4) G. Kutzenberger, a. a. O., S. 187
 - 5) H. Linhardt, Mitbestimmung der Aktionäre, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, 13. Jg. (1961), S. 5; vgl. auch H. Groß, "Mitbestimmung" der Aktionäre, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 176 v. 2. 8. 1952, S. 7

dem Aktionärsvereine eine gewichtigere Rolle zu spielen beginnen, wird die Monopolstellung der Banken als praktisch einzige Möglichkeit der Stimmausübung auf der Hauptversammlung seitens der Kleinaktionäre erschüttert, und die Banken sind schon von daher gezwungen, den Interessen ihrer Depotaktionäre mehr Rechnung zu tragen. ¹⁾

II. Kritische Würdigung der inneren Verfassung unter Berücksichtigung konzentrationsprophylaktischer (interessenpluralistisch orientierter) Unternehmungsverfassungspolitik

1. Anliegen interessenpluralistisch orientierter Unternehmungsverfassungspolitik und Aktienrechtsreform

(1) Eine der gesellschaftspolitischen Wirkungen fortschreitender Konzentration ist in dem Wandel der Unternehmungsverfassung für Großunternehmen zu sehen. ²⁾ Die in modernen Großunternehmen, deren typische Organisationsform die Aktiengesellschaft darstellt, sich niederschlagende pluralistische Interessenstruktur, zielt auf eine Überwindung der ursprünglich interessenmonistischen, d. h. allein vom Kapitalinteresse bestimmten Unternehmungsverfassung. Dies kommt zunächst zum Ausdruck in dem Vordringen der Arbeitnehmerinteressen, die mit den ergangenen Mitbestimmungsgesetzen bereits die Stufe der Legalisierung erreicht haben. Man sieht darin einen ersten Schritt, um eingetretenen soziologischen Wandlungen in Wirtschaft und Gesellschaft Rechnung zu tragen. ³⁾

Großunternehmen sind aber insbesondere auch Gegenstand des öffentlichen Interesses. Die Tatsache, daß es sich bei diesen Großgesellschaften nicht mehr um rein private Einrichtungen, sondern unbestritten um konstituierende Bestandteile der modernen Volkswirtschaft handle und diese aufgrund der (latenten) Staatsgarantie unzerstörbar seien, stempelte sie ihrer Stellung und ihrer Funktion in der Volkswirtschaft nach zu öffentlichen Einrichtungen oder zu "politischen Institutionen mit öffentlicher Verantwortung", wie sie Borchardt bezeichnet. ⁴⁾ "In Unterneh-

1) T. Fabri, Die Kleinaktie, Berlin 1959, S. 215

2) Vgl. hierzu H. Besters, Aspekte der Konzentration, a. a. O., S. 326

3) E. Potthoff, Die "große" Aktiengesellschaft, in: Mitteilungen des Wirtschaftswissenschaftlichen Instituts der Gewerkschaften, 7. Jg. (1954), S. 99; ders., Neue Unternehmensform vordringlicher als Aktienrechtsreform, in: Der Betrieb, 10. Jg. (1957), S. 49 ff.

4) K. Borchardt, Zur Problematik eines optimalen Konzentrationsgrades, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Bd. 176 (1964), S. 138

men dieser Größenordnung, kann es daher nicht mehr in der Macht einzelner, insbesondere nicht der Anteilseigner liegen, allein und gegebenenfalls sogar gegen das öffentliche Interesse über Richtung, Ausmaß und Ende der Produktion zu entscheiden. " 1) Die Entwicklung der "großen" Aktiengesellschaft sei der praktische Beweis dafür, "daß die privatrechtlichen Vorschriften einer liberalen Gesellschaftsordnung nicht mehr ausreichen, um diese Unternehmungsform in der sachgemäßen Weise zu ordnen. " 2) Da nun die großen Aktiengesellschaften nicht mehr in das normale Aktiengesetz hineinpaßten, sei es im Hinblick auf ihre besondere gesamtwirtschaftliche Bedeutung eine vordringliche Aufgabe der Aktienrechtsreform, eine neue Unternehmungsform zu schaffen, die den "vorhandenen öffentlichen Belangen verschiedenster Art gerecht wird. " 3)

Wenn im folgenden die Anliegen der interessenpluralistisch orientierten Unternehmungsverfassungspolitik vorrangig unter dem Aspekt der Wahrung des öffentlichen Interesses gesehen werden, dann liegt das einmal daran, daß Probleme der Berücksichtigung des Gemeinwohls bei gesamtwirtschaftlicher Betrachtung im Vordergrund stehen. Zum anderen ist die Beschränkung insofern gerechtfertigt, als die zur Diskussion stehenden unternehmungsverfassungspolitischen Reformabsichten entweder ausschließlich der Sicherung des öffentlichen Interesses gelten oder - wenn dies nicht der Fall ist - mindestens zu einem wesentlichen Teil mit der Wahrnehmung von Funktionen motiviert sind, die im öffentlichen Interesse liegen. Das trifft auch für die Mitbestimmung zu, wie wir sehen werden.

(2) In der Aktienrechtsreform wurde derartigen Reformplänen keine Beachtung geschenkt, ohne allerdings explizit eine Begründung dafür geliefert zu haben. Im Hinblick auf die Mitbestimmung beschränkte man sich auf eine lediglich formellrechtliche Verzahnung zwischen Aktien- und Mitbestimmungsrecht, d. h. es wurden in das neue Aktiengesetz nur entsprechende Verweisungen auf die mitbestimmungsrechtlichen Sondervorschriften aufgenommen. Implizit wird aber in der allgemeinen Begründung des Regierungsentwurfes die Ursache für die Nichtbeachtung von Bestrebungen interessenpluralistisch orientierter Unternehmungsverfassungspolitik angegeben, wenn es heißt: "Richtlinie aller aktienrechtlichen Regelungen muß die Fragestellung sein, ob die einzelne Regelung der Stellung

1) O. Kunze, Von der wirtschaftlichen Mitbestimmung zur Unternehmensverfassung, in: K. Nernitz, R. Becker (Hrsg.), Gewerkschaft, Wirtschaft, Gesellschaft, Köln 1963, S. 135

2) E. Potthoff, Die "große" Aktiengesellschaft, a. a. O., S. 99

3) Ders., Neue Unternehmensform..., a. a. O., S. 50

der Aktionäre als der wirtschaftlichen Eigentümer des Unternehmens entspricht... " 1) Darin kommt eindeutig die rein gesellschaftsrechtliche Ausrichtung der Reformaufgabe zum Ausdruck. Im gleichen Zusammenhang wird jedoch eingeräumt, daß eine Einschränkung des Eigentumsrechts dann zu rechtfertigen ist, wenn es um die Wahrung übergeordneter wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Ziele geht. 2) Die Sicherung des Gemeinwohls hat nun fraglos Leitlinie wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Aktivität zu sein. Auf der anderen Seite bestehen nach wie vor die Mitbestimmungsgesetze. Wenn der Gesetzgeber sich bei der Aktienrechtsreform dennoch interessenpluralistischer Unternehmensverfassungspolitik enthalten hat, ist die Frage aufzuwerfen, wie dies unter dem Aspekt der Sicherung des Gemeinwohls, die bei den "großen" Aktiengesellschaften als vordringlich hingestellt wurde, zu würdigen ist.

2. Sicherung des Gemeinwohls in einer marktwirtschaftlichen Ordnung

Im Rahmen einer Untersuchung konzentrationshemmender Aktienrechtspolitik können wir insofern nicht an den angeführten unternehmensverfassungspolitischen Reformbestrebungen vorbeigehen, als ihre Verwirklichung eine beträchtlich abschreckende Wirkung auf den Konzentrationsprozeß im Gefolge hätte. Das nötigt uns allerdings zu einer näheren Untersuchung, ob die Sicherung des Gemeinwohls bei Großunternehmen bzw. die gesamtwirtschaftliche Kontrolle solcher Machtkörper durch eine Berücksichtigung des öffentlichen Interesses in der Unternehmensverfassung überhaupt sinnvoll ist.

(1) Zwar sind die Begriffe "Gemeinwohl" oder "öffentliches Interesse" einer näheren inhaltlichen Fixierung kaum zugänglich, 3) dennoch läßt sich das Gemeinwohl im Sinne des volkswirtschaftlichen Gesamtinteresses als zusammenfassende Umschreibung der wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Ziele auffassen, wie sie in der wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Gesamtkonzeption zum Ausdruck kommen. 4) "Jede der aufgeworfenen Fragen (gemeint sind die einer prä-

1) Begründung RegE, In: Textausgabe, Kropff, a. a. O., S. 14

2) Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 14

3) "Die Begriffe 'Gemeinwohl' oder 'öffentliches Interesse' entziehen sich offensichtlich jedem Versuch einer juristischen **Normierung**; keine noch so umfassende Formulierung kann mehr erbringen als einen abstrakten, für rechtliche Entscheidungen unbrauchbaren Allgemeinbegriff" (K. Ballerstedt, Unternehmen von besonderer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung... a. a. O., S. 22).

4) Vgl. H. Giersch, Allgemeine Wirtschaftspolitik, Grundlagen, Wiesbaden 1961, S. 97

ziseren Vorstellung über den Begriff 'öffentliches Interesse', der Verfasser), auch die nach dem richtigen Mittel, setzt eine Vorentscheidung über diejenigen Grundwerte voraus, die in einer bestimmten Rechtsgemeinschaft anerkannt und verwirklicht werden sollen." 1)

(2) In einer marktwirtschaftlichen Ordnung wird die Realisierung der Ziele bzw. die Verwirklichung des Gemeinwohls vornehmlich durch den Wettbewerb zu erreichen versucht. Dies soll anhand der Beziehungen des Wettbewerbs zu den wichtigsten wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Zielen kurz erläutert werden. Wettbewerb wird z. B. gewünscht, weil er allen Beteiligten eine Auswahl zwischen mehreren Alternativen garantiert und damit die Voraussetzungen schafft für die Verwirklichung der individuellen Freiheit im wirtschaftlichen Bereich. 2) Der Gerechtigkeit im Sinne von Leistungsgerechtigkeit dient der Wettbewerb insofern, als die parallele Interessenverfolgung der übergebührlischen Durchsetzung des Eigennutzes Grenzen setzt. 3) Im Hinblick auf das Wohlstandsziel wird Wettbewerb angestrebt, weil er einen rationalen Einsatz der Produktionsfaktoren herbeiführt sowie die Entfaltung des wirtschaftlichen Fortschritts gewährleistet. 4) Das öffentliche Interesse als Inbegriff der wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Ziele erfordert somit nach Besters den Wettbewerb. 5) Sofern der Wettbewerb funktionsfähig ist, dient die private Unternehmung oder allgemein die Verfolgung privatwirtschaftlicher Interessen mittelbar dem Wohl der Gesamtheit. "Wie die Unternehmen das Gemeinwohl wahren, das hängt von dem Wirkungsgrad der Wirtschaftsordnung ab." 6)

Nun bleiben aber in der Wettbewerbswirtschaft immer gewisse Fälle und Situationen, in denen der Wettbewerb entweder zu unerwünschten Ergebnissen oder Nebenfolgen führt, oder in denen ein Wettbewerb sinnvollerweise nicht mehr verwirklicht werden kann. Uns interessiert unter dem Aspekt der Konzentrationsproblema-

-
- 1) R. Reinhardt, Privates Unternehmen und öffentliches Interesse, in: R. Dietz, H. C. Nipperdey, E. Ulmer (Hrsg.), Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für A. Hueck, München-Berlin 1959, S. 440
 - 2) "Der Freiheit dient die Konkurrenz als Ordnungsprinzip" (H. Giersch, Allgemeine Wirtschaftspolitik, a. a. O., S. 70).
 - 3) "Der Wettbewerb zwingt... das Eigeninteresse durch die Bindung an die Leistung in das öffentliche Interesse" (H. Besters, Soziale Marktwirtschaft, a. a. O., S. 35).
 - 4) E. Hoppmann, Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, a. a. O., S. 150
 - 5) H. Besters, Soziale Marktwirtschaft, a. a. O., S. 34
 - 6) E. J. Mestmäcker, Verwaltung..., a. a. O., S. 36

tik der letzte Fall, in dem die Kontrolle durch den Markt, etwa infolge der über-
ragenden Marktstellung des Unternehmens, entfällt. In diesem Fall tritt für die
Unternehmung die Notwendigkeit zur unmittelbaren Berücksichtigung des
öffentlichen Interesses immer mehr hervor. "Je größer eine Unternehmung ist und
je mehr sie durch eine monopolioide Stellung gesamtwirtschaftliche Bedeutung er-
hält, desto stärker ist die Notwendigkeit zur Beachtung des Gemeinwohls. Das öf-
fentliche Interesse ist zwar nicht das beherrschende Prinzip. Aber es begrenzt die
Verfolgung mikroökonomischer Interessen." ¹⁾ Das öffentliche Interesse wird nicht
zu einem Gestaltungsprinzip. Es soll als "limitierendes Prinzip" ²⁾ lediglich Ent-
scheidungen verhindern, die gegen das Wohl der Gesamtwirtschaft verstoßen.

Diese Aussage ist beschränkt auf den ökonomischen Aspekt, d. h. daß wir unter
Wahrung des öffentlichen Interesses die Kontrolle ökonomischer Macht bei be-
schränktem oder ausfallendem Wettbewerb verstehen. Natürlich können sich auch
im Gemeinwohl im weitesten Sinne kulturelle, soziale, wehrpolitische und ande-
re Gesichtspunkte ³⁾ niederschlagen. Hiervon soll aber im Rahmen der vorliegen-
den Thematik abgesehen werden.

Aus dem Gesagten lassen sich zwei Schlüsse ziehen: Wenn der Wettbewerb im öf-
fentlichen Interesse ist, dann besteht die primäre Aufgabe der Wirtschaftspolitik
darin, dessen Bestand und Funktionsfähigkeit zu garantieren. Eine Wettbewerbs-
politik, die unerwünschte Konzentration bekämpft, handelt im öffentlichen Inter-
esse.

Das öffentliche Interesse bedient sich des Wettbewerbs. Ist ein hinreichend funk-
tionierender Wettbewerbszustand - gleichgültig aus welchen Gründen - nicht zu
realisieren, so hat eine Ausnahmeregelung Platz zu greifen, die der direkten Be-
achtung des Gemeinwohls Rechnung trägt. Eine solche Ausnahmeregelung liegt
dann auf zweifache Weise im öffentlichen Interesse: Einmal hat sie die Aufgabe,
als Wettbewerbsersatz zu fungieren, d. h. sie hat konkrete Konfliktfälle zwischen
Unternehmensinteresse und Gemeinwohl, die sich aus einem Mißbrauch der öko-
nomischen Macht ergeben können, zu verhindern. Zum anderen gehen bei Wirk-
samkeit einer solchen Regelung prophylaktische Wirkungen gegen eine übermäßi-
ge (unerwünschte) Konzentration aus.

1) E. Witte, Vertretung des öffentlichen Interesses in der privaten Unternehmung?
in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 3. Jg. (1958),
S. 130 f.

2) ebenda, S. 131

3) Vgl. K. Ballerstedt, Unternehmen von besonderer gesamtwirtschaftlicher Bedeu-
tung... a. a. O., S. 22

Reinhardt zählt die verschiedenen Möglichkeiten im Falle von konkreten Konfliktsfällen zwischen Unternehmungsinteresse und dem Gemeinwohl auf, um die Wahrung anerkannter öffentlicher Interessen zu gewährleisten.¹⁾ Als Alternativen für eine Ausnahmeregelung stehen davon zur Auswahl: Sozialisierung, Einschaltung von Vertretern des öffentlichen Interesses in die Unternehmungsverfassung zur Beeinflussung der unternehmerischen Willensbildung und (wie es derzeit der Fall ist) Errichtung von Aufsichts- und Kontrollbehörden (beispielsweise das Bundeskartellamt). Je nachdem, wie die Ausgestaltung der Vertretung des öffentlichen Interesses in der Unternehmungsverfassung aussieht, ist auch eine Kombination zwischen verschiedenen Möglichkeiten durchführbar. Zur Diskussion stehen hier die unternehmungsverfassungspolitischen Varianten.

3. Vorschläge zur Institutionalisierung des öffentlichen Interesses in der Unternehmungsverfassung der Aktiengesellschaft

(1) Da wir unter den Möglichkeiten der Wahrnehmung des öffentlichen Interesses in den Organen der großen Aktiengesellschaften nur die der institutionellen Verankerung berücksichtigen, scheidet in der Betrachtung eine Regelung, wie sie etwa bereits im alten Aktienrecht in § 70 Abs. 1 fixiert war, aus.²⁾ Nach § 70 AktG 1937 war dem Vorstand eine ständige Beachtung des Gemeinwohls auferlegt, ohne daß allerdings für die Wahrung des Gemeinwohls besondere organisatorische Vorkehrungen getroffen worden waren.

(2) Die Frage der Sicherung des Gemeinwohls ist in Deutschland auf das engste mit dem Bemühen verknüpft, das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer in das System der geltenden Privatrechtsordnung einzufügen; das öffentliche Interesse und seine Vertretung erscheinen sogar teilweise als sekundäres Element einer Institutionalisierung der Arbeitnehmerinteressen in der Unternehmungsverfassung. Die Mitbestimmungsproblematik berührt uns in diesem Zusammenhang insofern, als eine der Begründungen der qualifizierten Mitbestimmung im Kern auf die Wahrnehmung einer Funktion hinausläuft, die im öffentlichen Interesse liegt, nämlich die Kontrolle ökonomischer Macht. "Eines der gesellschaftspolitisch wichtigsten Argumente ist, daß durch sie (die Mitbestimmung, der Verfasser)

1) R. Reinhardt, Privates Unternehmen und öffentliches Interesse, a. a. O., S. 446 ff.

2) In § 76 AktG 1965 ist ein ausdrücklicher Hinweis zur Sicherung des Gemeinwohls jedoch nicht mehr enthalten.

wirtschaftlichen Macht gebunden werden könne. Dieses Argument eröffnet auch den besten Zugang zu Sinn und Wesen der wirtschaftlichen Mitbestimmung." 1) Man hält die Mißbrauchsaufsicht im Rahmen des GWB für nicht ausreichend. "Die Bindung der Macht der sogenannten marktbeherrschenden Unternehmen kann mit wettbewerbspolitischen Maßnahmen allein nicht ausreichend gewährleistet werden." 2)

Könnte dieser Argumentation gefolgt werden, so müßten wir auch Pläne qualifizierter Mitbestimmung unter dem Aspekt der Sicherung des Gemeinwohls in der Unternehmensverfassung der großen Aktiengesellschaften mitberücksichtigen. Den Mitbestimmungstheoretikern ist dabei sehr wohl klar, daß Arbeitnehmerinteressen und Gemeininteresse nicht identisch sind; ihre Argumentation bezieht sich nur auf die Wahrnehmung von Funktionen, die im Interesse des Gemeinwohls liegen, also auf die Vertretung des Gemeinwohls und nicht auf dessen Inhalt. 3)

Nun sind der Heranziehung des Kontrollgedankens für die Begründung der Mitbestimmung aber erhebliche Einwendungen entgegenzuhalten: Der Einbeziehung von Privatpersonen in die Mißbrauchsaufsicht stehen zunächst rechtsstaatliche Bedenken entgegen. In einer rechtsstaatlichen Ordnung kann die Kontrolle privater Unternehmertätigkeit - jenseits des Wettbewerbs - nur eine politische sein, ausgeübt durch verfassungsmäßige Träger politischer Herrschaftsbefugnisse. "Dagegen steht es Privatpersonen schlechterdings nicht zu, in die Wahrnehmung privatrechtlicher Zuständigkeiten anderer Personen korrigierend und kontrollierend hineinzureden." 4)

Auch die Theorie der *countervailing power* kann nicht zur Stützung dieser Argumentation herangezogen werden. Denn die Arbeitnehmer sind ja nicht etwa diejenigen Wirtschaftsbeteiligten, gegen die sich die Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens richtet. 5) Betroffen davon sind vielmehr die Abnehmer bzw. die Lieferanten. Außerdem ist es mehr als fraglich, ob die Arbeitnehmer

1) O. Kunze, Von der wirtschaftlichen Mitbestimmung zur Unternehmensverfassung, a. a. O., S. 133

2) ebenda, S. 136

3) Vgl. beispielsweise O. Kunze, Rechtsprobleme der Mitbestimmung im Großunternehmen, in: Das Mitbestimmungsgespräch, 3. Jg. (1957), Heft 7/8, S. 20

4) F. Böhm, Die rechtliche Problematik der paritätischen Mitbestimmung, in: G. Briefs (Hrsg.), Mitbestimmung? Stuttgart 1967, S. 192

5) ebenda, S. 195; vgl. hierzu auch K. Biedenkopf, Privateigentum, Mitbestimmung und Wettbewerbsordnung, in: Die Aussprache, 16. Jg. (1966), S. 188 f.

in Konfliktsfällen willens sind, das Gemeinwohl zu verfolgen. Eucken bemerkt zum Versuch, das Problem der wirtschaftlichen Macht unter der Herrschaft des Zeitalters der wirtschaftspolitischen Experimente durch Beteiligung der Interessengruppen, insbesondere der Arbeitnehmer, zu lösen: "Der Versuch scheiterte. Und zwar aus einem Grunde, der ebenfalls von prinzipieller Bedeutung ist. - Mögliche Beteiligung am Monopolgewinn ließ die Arbeiter selbst am Monopol Interesse nehmen." ¹⁾ Damit dürfte genügend klar geworden sein, daß für die Wahrnehmung von Funktionen, die im öffentlichen Interesse liegen, eine Regelung wie die der wirtschaftlichen Mitbestimmung aus prinzipiellen und praktischen Gründen nicht infrage kommen kann. Für eine dem Wesen des öffentlichen Interesses als volkswirtschaftlichem Gesamtinteresse entsprechende Regelung stehen nur Pläne zur Diskussion, die die Sicherung des Gemeinwohls durch eigens dafür bestellte Vertreter in der Organisation der betrieblichen Willensbildung vorsehen.

(3) Als prinzipielle Möglichkeiten, das öffentliche Interesse verfassungsmäßig zu verankern, sind zwei Varianten in der öffentlichen Diskussion bekannt geworden:

- Die erste Variante besteht nach Witte ²⁾ darin, daß Vertreter gesamtwirtschaftlicher Instanzen in die Entscheidungsorgane der Unternehmung delegiert werden, um bei mikroökonomischen Entscheidungen auf eine Berücksichtigung öffentlicher Interessen hinzuwirken. Obwohl nicht erwogen wurde, Unternehmen ab einer bestimmten Größenklasse nur noch in der Organisationsform der AG zuzulassen, wäre dies wohl zum Zwecke der technischen Durchführbarkeit dieses Planes erforderlich. Die Vertretung wäre sinnvollerweise auf der Ebene des Vorstandes anzusiedeln; damit soll aber nicht gesagt sein, daß die Entscheidungen der übrigen Organe nicht ebenfalls ihrer Kontrolle zu unterliegen hätten. Wesentlich ist, daß die Vertreter der gesamtwirtschaftlichen Hoheitsgewalt keine positiv gestaltenden Entscheidungsrechte bekommen, sondern entsprechend dem öffentlichen Interesse als limitierendem Prinzip mit einem Vetorecht ausgerüstet werden sollen. Sobald eine geplante Aktion der Unternehmung die Grenzen des öffentlichen Interesses zu überschreiten droht, hätte der öffentliche Vertreter von seinem Einspruchsrecht Gebrauch zu machen. Man könnte demnach von der Beaufsichtigung durch einen "Kommissar des öffentlichen Interesses" sprechen.
- Wesentlich bekannter und auch konkreter sind Vorschläge, die den Vertretern

1) W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, a. a. O., S. 171; vgl. auch F. Böhm, Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht der Arbeiter im Betrieb, in: Ordo, Bd. IV (1951), S. 171

2) Vgl. E. Witte, a. a. O., S. 133

des öffentlichen Interesses positiv gestaltende Mitentscheidungsrechte einräumen. Derartige Reformüberlegungen lassen sich weit zurückverfolgen. Der Gedanke einer "Ein-Viertel-Minorität" für den Staat bzw. seine Vertreter findet sich u. a. schon bei Schmoller. ¹⁾ Aufgegriffen und weiter ausgebaut hat diesen Gedanken dann insbesondere Planitz ²⁾ in seinem Vorschlag zur "Verfassungsreform der AG". Das Stimmrecht der Kapitalgeber in der Generalversammlung sollte auf ein Viertel des Gesamtstimmrechts beschränkt bleiben; die restlichen drei Viertel leiten sich aus reinen Stimmrechtsaktien ohne Kapitalbeteiligung ab, die zu gleichen Teilen in den Händen der drei Gruppen: Verwaltung, Belegschaft und Gesamtwirtschaft liegen. Die Repräsentation der Gesamtwirtschaft sollte einer "Zentralstelle für das Aktienwesen" übertragen werden.

In den 50er Jahren war es dann insbesondere Kunze, der in seinen Reformvorschlägen zur Umgestaltung der Unternehmungsverfassung für Groß- oder Mammutunternehmen eine Institutionalisierung des öffentlichen Interesses vorsah. Seine Vorschläge kamen bereits in den Ausschußberatungen des Deutschen Juristentages ³⁾ zur Sprache und wurden hiernach mehrfach veröffentlicht. ⁴⁾ Zur Darstellung halten wir uns im wesentlichen an den Vorschlag, der der Studienkommission des Deutschen Juristentages zur Diskussion vorlag.

Die Merkmale des Modells sind die gleichen geblieben. Lediglich die Indikatoren für Großunternehmen hat Kunze geändert. Während im Vorschlag, der der Studienkommission zugrunde lag, bei Unternehmen mit einem Grundkapital von 50 Mio. DM und einer Beschäftigtenzahl von 10.000 eine institutionelle Verankerung des öffentlichen Interesses vorgesehen war, geht Kunze in seinen späteren Veröffentlichungen zur Messung der Unternehmensgröße im Anschluß an Vorschläge des Ausschusses "Aktienrechtsreform" des DGB von folgenden Merkmalen aus: 20.000

1) Vgl. G. Schmoller, Das Verhältnis der Kartelle zum Staate, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, 116. Bd., Leipzig 1906, S. 264 ff.

2) H. Planitz, Die Stimmrechtsaktie, Leipzig 1922, insbes. S. 49 ff., 57 ff.

3) Vgl. K. Ballerstedt, Unternehmen von besonderer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung, a. a. O., S. 44; dieser Vorschlag wurde allerdings nicht - wie mißverständlich behauptet wurde - von dieser Kommission akzeptiert (vgl. ebenda, S. 47).

4) Vgl. beispielsweise O. Kunze, Rechtsprobleme der Mitbestimmung im Großunternehmen, a. a. O., S. 18 ff.; ders., Von der wirtschaftlichen Mitbestimmung zur Unternehmensverfassung, a. a. O., S. 142 ff.; hingewiesen sei auch auf ähnliche Pläne im Kreis der CDU-Sozialausschüsse, vgl. hierzu: Eine parlamentarische Ordnung für die Großunternehmen, in: Handelsblatt, Nr. 68, v. 4. 4. 1968, S. 4

Arbeitnehmer, 1 Mrd. DM Umsatz und eine Bilanzsumme von 500 Mio. DM. Davon sollen jeweils zwei der drei Kriterien erfüllt sein. ¹⁾

Bei Größt- oder Mammutunternehmen wäre die Organisation zwingend nach dem Aktienrecht zu regeln. Der Ausgleich der verschiedenen Interessen am Großunternehmen (Kapital, Arbeit, Allgemeinheit) soll sich nicht erst in den Verwaltungsorganen - bisher Vorstand und Aufsichtsrat - vollziehen, sondern bereits bei der Organisation der Hauptversammlung. Statt dieser ist eine sog. Vertreterversammlung geplant und zwar gebildet aus Vertretern der Aktionäre, der Arbeitnehmer und des öffentlichen Interesses. Als Stimmenverhältnis der drei "Bänke" ist die Relation von 2 (Aktionärsvertreter) : 2 (Arbeitnehmervertreter) : 1 (Vertreter des öffentlichen Interesses) vorgesehen. Die Treuhänder der Aktionäre werden durch ein separat zur Vertreterversammlung zu institutionalisierendes Organ, nämlich die Aktionärversammlung, und die Arbeitnehmervertreter durch die Betriebsrätevollversammlung gewählt. Die Vertreter des Gemeinwohls werden zwar vom Bundeswirtschaftsminister bzw. den zuständigen Landesministern bestellt, sind aber nicht weisungsgebunden und sollen sich überwiegend aus unabhängigen Persönlichkeiten (wie z.B. Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Hochschuldozenten usw.) zusammensetzen. Ihre Auswahl ist an die Mitwirkung unabhängiger Stellen, wie Rektoren und Fakultäten von Hochschulen usw., gebunden. "Dank dieses Auswahlverfahrens und des Stimmengewichts würden die Vertreter des öffentlichen Interesses als "dritte Kraft" voll zur Geltung kommen können." ²⁾ Die Vertreterversammlung hätte den Verwaltungsrat (vergleichbar mit dem heutigen Aufsichtsrat) und dieser das Direktorium oder die Unternehmensleitung zu bestellen. Für die Verwaltungsorgane ist keine Delegation von Vertretern des öffentlichen Interesses vorgesehen. Lediglich im Wahlverfahren zur Bestellung des Verwaltungsrates ist vorgesehen, daß ein begrenzter Teil nur mit der Mehrheit der Stimmen der Vertreter des öffentlichen Interesses gewählt werden kann. Für unseren Aspekt ist damit an diesem Vorschlag relevant, daß die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses durch spezielle Vertreter in dem Organ der AG sich vollziehen soll, von dem die Leitungsorganisation der Unternehmung abgeleitet und personell bestimmt wird. Die Treuhänder des Gemeinwohls sollen kein Vetorecht, sondern ein gleichberechtigtes Stimmrecht besitzen; die Rechte der Vertreterversammlung umschließt dabei den ganzen Zuständigkeitsbereich der bisherigen Hauptversammlung.

1) O. Kunze, Von der wirtschaftlichen Mitbestimmung zur Unternehmensverfassung, a. a. O., S. 142

2) K. Ballerstedt, Unternehmen von besonderer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung, a. a. O., S. 44

4. Kritische Würdigung des Vorschlages institutioneller Verankerung des öffentlichen Interesses

Die Notwendigkeit von Maßnahmen, die prophylaktisch der Gefahr übermäßiger (unerwünschter) Konzentration entgegenwirken, steht hier außer Zweifel. Ein Mittel stellt die bei Großunternehmen fraglich werdende Berücksichtigung von Belangen des Gemeinwohls durch institutionelle Vorkehrungen dar. Inwieweit es empfehlenswert ist, hierzu auf unternehmensverfassungsrechtlichem Wege vorzugehen, soll jetzt untersucht werden. Dabei stehen Gesichtspunkte über den zweckmäßigen Weg sowie der Kompatibilität mit Grundsätzen einer freiheitlichen Ordnung als Beurteilungsmaßstäbe im Vordergrund. Daraufhin sind die beiden Möglichkeiten der Verankerung des Gemeinwohls in der Unternehmungsverfassung zu prüfen. Wir beginnen mit dem Vorschlag, den Kunze in der Studienkommission des Deutschen Juristentages zur Diskussion stellte.

(1) Reinhardt weist als erstes auf das Problem der eindeutigen Bestimmung der Unternehmen, die unter diese Regelung fallen sollen, hin. Er hält eine exakte Bestimmung des Begriffs "Monopol" oder "marktbeherrschendes Unternehmen" für erforderlich. ¹⁾ Wenn man allerdings - wie Reinhardt - den Begriff mit dem Marktanteilskriterium fassen will, stößt man in der Tat auf unüberwindliche Schwierigkeiten. Auf eine exakte Definition marktbeherrschender Unternehmen kommt es aber nicht an: "Nicht Definitionen, sondern bestimmte Tatbestände müssen maßgebend sein." ²⁾ Quantitative Kriterien können immer nur Ausdruck starker Vermutung für das Vorliegen beschränkten Wettbewerbs sein. Absolute Größenkriterien, die aus Praktikabilitätsgründen für eine unternehmensverfassungsrechtliche Lösung wohl allein infrage kommen, sind hierzu anwendbar. ³⁾ Aller-

1) R. Reinhardt, Privates Unternehmen und öffentliches Interesse, a. a. O., S. 454

2) W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, a. a. O., S. 294

3) Nach den revidierten Größenkriterien Kunzes wären 1963 etwa 50 Unternehmen davon betroffen worden (vgl. O. Kunze, Von der wirtschaftlichen Mitbestimmung zur Unternehmensverfassung, a. a. O., S. 142). Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß in Kreisen von amerikanischen Antitrustbeamten erwogen wurde, eine gesetzliche Vorschrift zu befürworten, die für Unternehmen, die hinsichtlich der Beschäftigtenzahl oder des Eigenkapitals oder des Umsatzes gewisse grob und schematisch herausgegriffene Größen überschreiten, eine Prima-Facie-Vermutung monopolistischen Machtbesitzes ausspricht (vgl. den Hinweis bei F. Böhm, Das Kartellproblem, in: Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, 87 Jg. (1951), S. 211).

dings muß die Gewißheit der lediglich hohen Wahrscheinlichkeit vorhandener Machtmißbrauchsmöglichkeiten auf die Art der Wahrnehmung des öffentlichen Interesses wirken. Unter diesem Aspekt scheint der Kunze-Vorschlag problematisch. Das öffentliche Interesse darf nur limitierenden, nicht prinzipiell gestaltenden Charakter tragen.

Auch im Hinblick auf die Möglichkeit der Wahrnehmung des öffentlichen Interesses sind dem Vorschlag erhebliche Bedenken entgegenzuhalten; Maßgebend ist für uns, ob diese Konzeption in der Lage ist, die durch die Marktstellung mehr oder weniger mögliche Überwindung des Wettbewerbs und die damit verbundenen Gefahren für das Gesamtinteresse zu neutralisieren. Die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses kann nur das Ziel makroökonomischer Entscheidungen sein.¹⁾ Wenn man den öffentlichen Vertretern in der Entscheidung Unabhängigkeit von gesamtwirtschaftlichen Instanzen zugesteht - wie es der Kunze-Plan vorsieht -, so geht man offensichtlich von der Erwartung aus, daß diese in der Lage sind, dem öffentlichen Interesse einen objektiven Inhalt zu geben.²⁾ Gerade dies ist aber zu bezweifeln. In den meisten Fällen wird der öffentliche Vertreter überfordert sein und nur seine subjektive Meinung zum Ausdruck bringen können.

Weiterhin besteht bei der Wahrnehmung von Funktionen des Gemeinwohls durch Vertreter, die ihren festen Sitz in den Unternehmungsorganen haben, immer die Gefahr der "Betriebsblindheit". Da eine zentrale Koordinierung nicht vorgesehen ist und auch eine nähere Einsicht in die makroökonomische Konzeption der Regierung fehlt, kann die Unabhängigkeit der Persönlichkeiten so zu sehr unterschiedlichen Ansichten über das öffentliche Interesse führen.³⁾ Ebenso ist nicht zu übersehen, daß die öffentlichen Vertreter dem gleichen Prozeß der Betriebsassimilation unterliegen können, wie es für die Arbeitsdirektoren in der Montanindustrie typisch ist. Aus ursprünglichen Vertretern unternehmungsfremder Interessen wurden faktische Vertreter des Managements.

Grenzen der Wahrnehmungsmöglichkeit ergeben sich auch aufgrund der Minderheitsposition der öffentlichen Vertreter. Ist ein Beschluß geeignet, das öffentliche Interesse zu verletzen, so ist die Durchsetzung der Belange des Gemeinwohls dann nicht möglich, wenn die beiden mikroökonomischen Interessen (Kapital und Arbeit) koalieren. "Makroökonomische Eingriffe, ganz abgesehen von den ihnen anhaftenden Bedenklichkeiten, auch noch mit stumpfen Waffen vorzunehmen, ist

1) E. Witte, a. a. O., S. 126

2) ebenda, S. 134

3) Vgl. E. Witte, (ebenda) im Anschluß an H. W. Köhler, a. a. O., S. 142

wohl kaum empfehlenswert." ¹⁾ Die Konsequenz daraus kann nur sein, daß das öffentliche Interesse auf höherer Ebene angesiedelt werden muß als die privatwirtschaftlichen Interessen Kapital und Arbeit.

Gravierend ist auch der Einwand Wittes gegen Kunzes Vorschlag, daß die Beschränkung der Vertretung des öffentlichen Interesses auf die Vertreterversammlung im Grunde nur zu einer Auseinandersetzung zwischen dem Gesellschafter- und Belegschaftsinteresse einerseits und dem öffentlichen Interesse andererseits führt. Das Unternehmungsinteresse bleibt insoweit unberührt, als seine Wahrnehmung durch weitgehend autonome Entscheidungen der Verwaltung verfolgt wird. ²⁾

Bei einer institutionellen Verankerung des öffentlichen Interesses, wie sie hier zur Diskussion steht, ist sodann zu bedenken, daß die mikroökonomischen Interessenorgane unter Umständen sich ihrer gesamtwirtschaftlichen Verantwortung entkleidet fühlen und erwarten, daß ihnen die Grenzen der eigenen Handlungsfreiheit aus berufenem Munde jeweils aufgezeigt werden. ³⁾

Zu einer positiven Lösung kann man nach Reinhardt aber nur dann gelangen, wenn innerhalb der Aktiengesellschaften und ihrer Organe "jeder Vorstellung einer Aufspaltung der Initiative in der Hand verschiedener Interessenträger und einer demgemäß geteilten Verantwortlichkeit" ⁴⁾ der Boden entzogen wird.

(2) Damit sind wir schon mitten in der grundsätzlichen Problematik dieses Modells der Verankerung des öffentlichen Interesses in der Unternehmungsverfassung der großen Aktiengesellschaften. Eines der konstitutiven Prinzipien einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung stellt das Privateigentum dar. Es steht für die Freiheit der Entfaltung von Privatinitiative. Dieses privatautonome Dispositionsrecht aus dem Eigentum bedarf dann einer Beschränkung, wenn die Kontrolle durch den Wettbewerb fehlt, ⁵⁾ weil dann Gefahren eines Mißbrauchs der privaten Initiative auf Kosten des Wohls der Allgemeinheit bestehen. Über die Notwendigkeit einer Beschränkung der Verfügungsgewalt über das Privateigentum kann es keinen

1) E. Witte, a. a. O., S. 135

2) ebenda, S. 136

3) ebenda, S. 134

4) R. Reinhardt, Die gesellschaftsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Die Gestaltung der Unternehmensformen unter den Gesichtspunkten der Wirtschafts- und Sozialverfassung, Verhandlungen des 39. Deutschen Juristentages, Tübingen 1952, S. 31

5) W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, a. a. O., S. 275

Zweifel geben. Fraglich bleiben nur Form und Ausmaß des Eingriffs. Hier ist nun mit Reinhardt zunächst festzustellen, daß es nach der parlamentarisch abgesicherten Grundentscheidung kein Gemeinwohl gibt, dem nicht als Komponente die Freiheit des Individuums zugehört; d. h. unter Sicherung des Allgemeinwohls kann nur ein Zustand gekennzeichnet werden, in dem die Erfüllung bestimmter legitimer Interessen der Allgemeinheit in ihrer konkreten organisatorischen Gestaltung so angestrebt wird, daß sie mit der Wahrung der Freiheit des Individuums in Einklang steht. ¹⁾ Daraus ist zu folgern, daß die Funktionen der Vertreter des öffentlichen Interesses so abzugrenzen wären, daß sie nur den Eintritt der Gefahren aus der Marktbeherrschung des Unternehmens zu verhindern hätten. Dazu bedarf es aber keiner Teilhabe an der privaten Entscheidungsfindung bzw. der Zuteilung eines in jedem Falle gleichberechtigten Stimmrechtes. "Das öffentliche Interesse... kann und soll nicht mit den mikroökonomischen Zielen verschmolzen werden. Es kann gar nicht in Aktion treten, solange es nicht berührt wird... Das öffentliche Interesse bleibt limitierend übergeordnet." ²⁾ Der Vorschlag, der der Studienkommission des Juristentages zur Diskussion vorlag, würde den Prozeß der Aushöhlung des Privateigentums noch mehr fördern, ³⁾ weil nach seiner Intention die Vertreter des öffentlichen Interesses bei allen Abstimmungen voll stimmberechtigt sein sollen, also auch überstimmt werden können. Der Eingriff in das Privateigentum ist nicht systemkonform. Von seiner ganzen Anlage her stellt dieses Modell den Versuch dar, für die Großindustrie die korporative Wirtschaftsordnung einzuführen. Das zeigt die Tatsache, daß der beherrschende Ansatzpunkt dieses Modells der Mitbestimmungsfrage gilt. Das brachte die Studienkommission auch klar zum Ausdruck. "Sobald... eine weitgehende 'betriebliche' Mitbestimmung der Arbeitnehmer verwirklicht wird, liegt darin eine Legitimation artverschiedener Interessen am Unternehmen, und dann stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit und Möglichkeit besonderer Vorkehrungen (innerhalb der Unternehmungsverfassung, der Verfasser) zur Wahrung des Gemeinwohls in ganz anderer Weise." ⁴⁾ Das öffentliche Inter-

1) Vgl. R. Reinhardt, Privates Unternehmen und öffentliches Interesse, a. a. O., S. 441

2) E. Witte, a. a. O., S. 135. "Alle über die Erzwingung wettbewerbsanalogen Verhaltens hinausgehenden Eingriffe würden eine unzulässige Beschränkung der unternehmerischen Freiheit und letztlich eine 'kalte' Enteignung bedeuten" (R. Reinhardt, Privates Unternehmen und öffentliches Interesse, a. a. O., S. 455).

3) Vgl. H. Besters, Aspekte der Konzentration, a. a. O., S. 327

4) K. Ballerstedt, Unternehmen von besonderer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung... a. a. O., S. 24

esse und seine Vertretung erscheinen als sekundäres Element der Gedankengänge, in Großunternehmen eine interessenpluralistische Organisation einzurichten. ¹⁾ Die Motivierung der Verankerung des öffentlichen Interesses erfolgt in diesem Modell aus anderen Überlegungen heraus, als wir sie hier anstellen. Der Eingriff in das Privateigentum soll vorrangig dazu dienen, um den soziologischen Wandlungen in Wirtschaft und Gesellschaft gerecht zu werden. ²⁾

Das öffentliche Interesse kann nur limitierenden Charakter haben, d. h. es darf nur in konkreten Konfliktsfällen zwischen Unternehmungs- und öffentlichem Interesse in Aktion treten. Eingriffe in das Privateigentum, wie es der Kunze-Plan vorsieht, geraten deswegen mit einem anderen Grundprinzip einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung in Konflikt, nämlich mit dem Haftungsprinzip. ³⁾ Zu den Grundprinzipien einer freiheitlichen Ordnung gehört, daß sich Initiative und Verantwortung entsprechen. ⁴⁾ Diesem Grundsatz widerspricht es, den öffentlichen Vertretern ein volles Mitspracherecht einzuräumen und die Verantwortung daraus allein den Eigentümern aufzubürden. Der Konflikt mit dem Haftungsprinzip ist dann nicht gegeben, wenn Zwangseingriffe seitens der Vertreter des Gemeinwohls erfolgen zum Schutze eines gefährdeten übergeordneten wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Zieles.

Abschließend kann zu dem Vorschlag Kunzes gesagt werden, daß er nicht nur aus praktischen Gründen abzulehnen ist, sondern auch aus grundsätzlichen Überlegungen heraus nicht infrage kommen kann. Die dort angestrebte Unternehmungsverfassung ist Teil eines Wirtschaftssystems korporativer Prägung, dessen Prinzipien sich kaum mit denen einer Wettbewerbswirtschaft vereinigen lassen.

(3) Das Alternativmodell ist dadurch gekennzeichnet, daß den öffentlichen Vertretern ⁵⁾ die Entscheidungen aller Unternehmensebenen unterworfen sind, daß

1) "Die demokratische Ordnung unserer Gesellschaft muß sich sinngemäß in den großen Gebilden der Wirtschaft widerspiegeln" (E. Potthoff, Die "große" Aktiengesellschaft, a. a. O., S. 99).

2) E. Potthoff, Die "große" Aktiengesellschaft, a. a. O., S. 99

3) Vgl. unten S. 82; vgl. auch R. Reinhardt, Privates Unternehmen und öffentliches Interesse, a. a. O., S. 455

4) Vgl. ders., Aktienrecht in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung, a. a. O., S. 101

5) Die Anzahl der zu delegierenden öffentlichen Vertreter wäre direkt proportional in Abhängigkeit von der Unternehmungsgröße zu regeln, um bei steigender Unternehmungsgröße einer arbeitsmäßigen Überforderung der Aufsichtsbeamten vorzubeugen.

sie in ihrer Entscheidung nicht unabhängig sind, sondern als Vertreter der dafür zuständigen gesamtwirtschaftlichen Instanzen, z. B. dem Bundeskartellamt, fungieren und daß die öffentlichen Vertreter mit einem Vetorecht ausgestattet sind. Es ist nun zu erörtern, wie ein solches Modell aus praktischer und grundsätzlicher Sicht zu beurteilen ist. In diesem Modell wäre eine gesetzlich vorgeschriebene Organisation der Unternehmen ab einer bestimmten Größe in AG-Form nicht unbedingt erforderlich. Jedoch würde diese Unternehmungsform aufgrund der Tatsache, daß die überwiegende Zahl der größten Unternehmen Aktiengesellschaften sind, am meisten davon betroffen. Für die übrigen Rechtsformen wäre ab der fraglichen Größenordnung eine entsprechende unternehmensverfassungsrechtliche Regelung vorzusehen.

Dieses Modell ließe sich als Kombination zwischen wettbewerbsrechtlichen und unternehmensrechtlichen Maßnahmen zur Lösung der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen denken. Die gesetzliche Grundlage für das Eingreifen hätte das Wettbewerbsrecht abzugeben. Soweit Mißbrauchsmöglichkeiten gesetzlich konkret normierbar sind, wie z. B. in Fällen von Maßnahmen des Behinderungswettbewerbs, hätten die öffentlichen Vertreter die Einhaltung dieser Bestimmungen zu überwachen. In den Punkten, in denen unbestimmte Rechtsbegriffe - wie der der mißbräuchlichen Ausnutzung von Marktmacht - in konkreten Situationen der näheren Auslegung bedürfen, hätten die Repräsentanten des Kartellamtes Aktionen durch ihr Vetorecht zu unterbinden, die die Grenzen des öffentlichen Interesses zu überschreiten drohen.

Verschiedenen Einwänden, denen das Kunze-Modell ausgesetzt ist, kann in der Tat bei dieser Regelung Rechnung getragen werden. So ist die Wahrnehmungsmöglichkeit zunächst dadurch sichergestellt, daß dem Vetorecht der öffentlichen Vertreter alle Entscheidungsebenen der Unternehmung unterliegen. Dem Charakter des öffentlichen Interesses als limitierendem Prinzip entspricht der makroökonomische Einspruch, das Vetorecht gegenüber mikroökonomischen Entscheidungen. Bei verantwortungsvoller Amtsausübung der öffentlichen Vertreter brauchen Konflikte mit den Prinzipien des Privateigentums und der Haftung nicht zu entstehen.

Vorteilhaft wäre bei einer derartigen Regelung der permanente und unmittelbare Kontakt des Kartellamtes mit dem Unternehmen über die bestellten Vertreter.

(4) Eine derartige institutionelle Verankerung des öffentlichen Interesses in der Unternehmensverfassung von Großunternehmen bringt zunächst teilweise die gleichen Nachteile mit sich, die Eucken bei Mikschs Vorschlag der "gebundenen Kon-

kurrenz", ¹⁾ die unter Aufsicht des Staates stattfinden soll, bemängelt. "Der Staat würde stark in den alltäglichen Wirtschaftsprozeß hineingezogen." ²⁾ Diese Gefahr ist bei dem Kunze-Plan weit weniger gegeben, da dort die öffentlichen Vertreter erstens nicht alle Entscheidungen zu kontrollieren haben, und zweitens die öffentlichen Vertreter in ihrer Entscheidung unabhängig sind.

Außerdem bestehen erhebliche Zweifel daran, ob durch diese Regelung die Effizienz der Mißbrauchskontrolle wesentlich verbessert werden könnte. Denn auch die öffentlichen Vertreter sehen sich laufend vor die Schwierigkeiten gestellt, die sich daraus ergeben, daß der Begriff der mißbräuchlichen Ausnutzung von Marktmacht sich nicht auf einen entwickelten, klaren, allgemeinen Mißbrauchsbegriff stützen kann und der Mißbrauch selbst außerordentlich schwer nachzuweisen ist. ³⁾ Maier faßt die Bedenken so zusammen: "Der Zustand 'Als - Ob' Konkurrenz herrschte, läßt sich nicht genau errechnen, und als einzige Regel für die Praxis der Monopolkontrolle gibt sie der Willkür großen Raum. Die Gefahr, daß unbalancierte Macht, welche die Freiheit und damit die Sicherheit bedroht, durch die Hintertür der Monopolkontrolle sich einschleicht, nachdem sie eben durch die Vordertür der Monopolmacht entfernt worden ist, droht auf alle Fälle." ⁴⁾

Weiterhin trägt diese Regelung ebenfalls die Gefahr in sich, daß das Verantwortungsgefühl der Unternehmungsinstanzen gegenüber der Gesamtwirtschaft abnehmen würde. ⁵⁾ Es wäre möglich, daß sich in der Praxis die Auffassung durchsetzt, "daß es dem Vertreter des privaten Kapitals nun obliege, dessen Nutzen, und zwar ohne Rücksicht auf die Kollision mit dem Allgemeinwohl, zu verfolgen und daß es dem Vertreter des öffentlichen Interesses obliege, unter dem Zeichen des Allgemeinwohls das dauernde Mißtrauen gegen das erwerbswirtschaftliche Prinzip zu verkörpern." ⁶⁾

1) Vgl. L. Miksch, Die Wirtschaftspolitik des Als-Ob, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 105. Bd. (1949), S. 310 f.

2) W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, a. a. O., S. 298

3) Vgl. E. Lampert, Die Wirtschafts- und Sozialordnung der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., München - Wien 1966, S. 128

4) K. F. Maier, Das Verlangen nach sozialer Sicherheit, in: Ordo, Bd. III (1950), S. 25; auf die Gefahr der Bedrohung einer freien Ordnung weist ebenso W. Eucken hin (Grundsätze der Wirtschaftspolitik, a. a. O., S. 295).

5) E. Witte, a. a. O., S. 133

6) R. Reinhardt, Die gesellschaftsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmungsformen, a. a. O., S. 30

Es kann sein, daß beide Interessenvertreter laufend ihr Daseinsrecht zu beweisen versuchen und damit permanente Konflikte auftreten, wie es Reinhardt vermutet.¹⁾ Beispiele aus der Praxis der steuerlichen Betriebsprüfung deuten zumindest darauf hin. Auf der anderen Seite kann aber auch der Fall eintreten, daß beide sich "arrangieren", und dann ist es offen, wer das größere Entgegenkommen zeigt. In den USA gemachte Erfahrungen sprechen nicht gerade für eine wirkungsvolle Wahrnehmung der Kontrollfunktion seitens der Aufsichtsbehörde und ihrer Vertreter.²⁾ Soweit das amerikanische Beispiel repräsentativ sein sollte, träfe es natürlich unter Umständen auch für die allgemeine Mißbrauchsaufsicht zu, aber längst nicht in dem Maße wie bei permanenter Repräsentation des öffentlichen Interesses im Unternehmen.

Die institutionelle Verankerung des öffentlichen Interesses in der Unternehmungsverfassung von Großunternehmen ist, so gesehen, ein wenig probates Mittel, um die Effizienz der Monopolkontrolle zu steigern und ist angesichts der sonstigen Bedenken auch abzulehnen.³⁾ Der Gedanke, die Wahrung des Gemeinwohls für Un-

1) R. Reinhardt, Die gesellschaftsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen, a. a. O., S. 30

2) Böhm gibt hierfür einen aufschlußreichen Erfahrungsbericht von führenden amerikanischen Antitrustleuten wieder: "Die amerikanischen Herren haben übereinstimmend bekundet, daß sie mit dem Versuch, private Monopole staatlich zu überwachen anstatt sie zu zerschlagen, die denkbar schlechtesten Erfahrungen gemacht hätten. . . Es habe sich nämlich gezeigt, daß sich die zur Aufsicht berufenen Beamten schon binnen weniger Jahre so nachhaltig mit den Sonderinteressen, ja sogar mit den Monopolinteressen der zu überwachenden Wirtschaftszweige identifizierten, und zwar nicht etwa infolge irgendwelcher Korruption, sondern aus beamtenmäßiger Fürsorge- und Betreuungseifer, daß die Handhabung der Staatsaufsicht praktisch auf die zu beaufsichtigenden Manager übergehe, das heißt, daß die Beamten alles sanktionierten, was die Manager vorschlugen. Der Erfolg sei, daß an Stelle eines rein privaten Monopols ein amtlich sanktioniertes Monopol entstehe, das infolge der amtlichen Deckung stärker sei als ein rein privates Monopol. Kurz, die Herren sagten, man brauche schon mehr Beamte, als für eine Demokratie gut sei, um allein die Verbotspolitik wirksam durchzuführen. Es sei schade für jeden Beamten den man dieser nützlichen Aufgabe entziehe, um ihn damit zu betreuen, private Monopole zu kontrollieren" (F. Böhm, Das Kartellproblem, a. a. O., S. 212).

3) Vgl. auch J. Kraske, Die Publizitätspflicht der Großunternehmung, Diss. Freiburg/i. Br. 1962, S. 68 f.

ternehmen bestimmter Größe oder Wirtschaftsmacht einem zu bestellenden Staatskommissar zu übertragen, fand auch in der Studienkommission des Deutschen Juristentages einmütig entschiedene Ablehnung. Die Kommission kam zu der Überzeugung, daß die Bindung der aus einer marktbeherrschenden Stellung fließenden Unternehmensmacht mit anderen rechtlichen Mitteln als denen besonderer unternehmensrechtlicher Regelungen gewährleistet werden müsse. ¹⁾

Die Bedenken gegen eine institutionelle Verankerung des öffentlichen Interesses in der Unternehmungsverfassung sind so schwerwiegend, daß sie die positiv zu beurteilende prophylaktische Wirkung gegen die Gefahr übermäßiger (unerwünschter) Konzentration mehr als aufwiegen. Ja man kann sogar Bedenken bekommen, ob die abschreckende Wirkung überhaupt noch ins Gewicht fällt, wenn sich herausstellen sollte, daß es sich mit dem öffentlichen Vertreter "gut leben" ließe.

Verzichtbar ist die prophylaktische Wirkung gegen übermäßige (unerwünschte) Konzentration nicht, denn in einer Marktwirtschaft ist das wettbewerbspolitische Schergewicht auf die Verhinderung der Entstehung von monopolistischen Machtgebilden zu verlegen. ²⁾ Prophylaktische Antikonzentrationen lassen sich im Rahmen einer funktionsfähigen Mißbrauchsaufsicht des GWB erzielen. Wir kommen hier nochmals auf die oben skizzierten Erwägungen der amerikanischen Antitrustbehörde zurück, ³⁾ eine gesetzliche Vorschrift zu befürworten, die in Abhängigkeit von absoluten Größenkriterien eine Prima-Facie-Vermutung monopolistischen Machtbesitzes ausspricht und Nachteile für die davon betroffenen Unternehmen mit sich bringt. Gedacht ist an die Pflicht, amtliche Untersuchungen zu dulden, Auskünfte zu erteilen, Bücher vorzulegen usw. Können die Unternehmen die Prima-Facie-Vermutung nicht widerlegen, so wird sogar an Verstaatlichung gedacht. Im Vordergrund steht dabei einzig die erwartete prophylaktische Wirkung gegen übermäßige Konzentration. Eine Übertragung auf deutsche Verhältnisse dürfte durchaus möglich sein, ohne daß besondere unternehmungsverfassungspolitische Wege beschritten werden müssen. ⁴⁾ Ob es dabei unbedingt der Androhung der Sozialisierung bedarf, sei hier dahingestellt. Zur Lösung der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen stellt die Verstaatlichung an sich ein wenig probates Mittel dar. ⁵⁾

1) K. Ballerstedt, Unternehmen von besonderer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung... a. a. O. , S. 24, 26; genauso entschieden ist in der Ablehnung R. Reinhardt (Privates Unternehmen und öffentliches Interesse, a. a. O. , S. 454 ff.).

2) W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, a. a. O. , S. 292

3) Siehe Seite 52, Fußnote 3)

4) Vgl. F. Böhm, Das Kartellproblem, a. a. O. , S. 211

5) Vgl. W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, a. a. O. , S. 293

TEIL B

KONZENTRATION UND AKTIENRECHTLICHE HAFTUNGSREGELUNG

In der Rechtswissenschaft wird der Haftungsbegriff in verschiedenem Sinne verwendet. ¹⁾ Im Aktienrecht werden wir auf zweifache Weise mit dem Haftungsproblem konfrontiert. Einmal handelt es sich um den gesellschaftsinternen, zum anderen um den insolvenzrechtlichen Haftungsbegriff.

(1) Bei dem gesellschaftsinternen Haftungsrecht handelt es sich im wesentlichen immer um das Problem, "wie Einfluß und Verantwortung, Entscheidungsfreiheit und Haftung koordiniert werden können." ²⁾ Sachgemäße Haftungsvorschriften sollen die rechtliche Gewähr geben, daß jede Entscheidung sich am Wohle der Gesellschaft orientiert. "Diesem Ziel dient das Haftungsrecht, das die körperchaftliche Verfügungsmacht an das Wohl der Gesellschaft bindet." ³⁾ Dadurch soll erreicht werden, daß einmal die Aktiengesellschaft den Interessen aller Aktionäre gleichmäßig dienstbar gemacht wird (Aktionärsschutz) und zum anderen den Gläubigern zum Ausgleich der Haftungsbeschränkung ein breiter Haftungsfonds für die Verbindlichkeiten gesichert bleibt (Gläubigerschutz). Entscheidungsberechtigt sind Verwaltung und Aktionärsmehrheit, d. h. das interne Haftungsrecht drückt sich in der Haftung der Verwaltung und in den Grenzen der Mehrheitsherrschaft aus.

Das deutsche Aktienrecht versucht, die Ziele Aktionärsschutz und Gläubigerschutz vorwiegend auf der Grundlage eines sorgfältig ausgefeilten Systems der Vermögensbindung (auch Kapitalerhaltung genannt) zu erreichen. ⁴⁾ Gesetzlich zwingend vorgeschriebene Ausschüttungsgrenzen sollen dafür sorgen, daß das einmal eingebrachte Vermögen überhaupt nicht und das durch Geschäftsausübung hinzugewonnene Vermögen nicht ungleichmäßig (z. B. durch verdeckte Gewinnausschüttungen) an Aktionäre verteilt werden. Einer der wesentlichen Inhalte der Haftung der Verwaltung besteht darin, diesem gesetzlichen System der Vermögensbindung Geltung zu verschaffen.

Das gesetzliche System der Vermögensbindung funktioniert aber nur in Gesellschaften, die rechtlich und wirtschaftlich unabhängig sind. Wird die Aktiengesellschaft in einen Konzern eingegliedert, so verliert sie ihre wirtschaftliche Unabhängigkeit.

1) Vgl. W. J. Habscheid, Haftung, in: Staatslexikon, Bd. 3, Freiburg 1959, S. 1158 ff.

2) Vgl. E. J. Mestmäcker, Verwaltung..., a. a. O., S. 15

3) ebenda, S. 369

4) Näheres hierzu bei E. J. Mestmäcker, Verwaltung..., a. a. O., S. 209 ff.

"In der abhängigen juristischen Person entscheidet nicht das gemeinsame Interesse der in ihr zusammengeschlossenen Aktionäre, nicht die Sorge um das Wohl des von der Aktiengesellschaft betriebenen Unternehmens; ausschlaggebend sind die Belange der herrschenden Person. Sie bestimmen das Handeln der Aktiengesellschaft. Ist die herrschende Person nicht Alleinaktionärin der beherrschten Aktiengesellschaft, so unterliegt der Vermögensteil der außenstehenden Aktionäre fremder Verwaltung, und er dient gesellschaftsfremden Zwecken." ¹⁾ Daraus folgt, daß sich das gesetzliche System der Vermögensbindung in Konzernverhältnissen nicht aus sich heraus durchzusetzen vermag. Dadurch werden nicht nur die Gläubigerinteressen gefährdet, weil der Haftungsfonds beeinträchtigt werden kann. Insbesondere ist damit die Gefahr einer nicht gleichmäßigen Teilhabe aller Aktionäre, d. h. der Minderheitsaktionäre, am Unternehmensvermögen verbunden. Auch die Grenzen der Mehrheitsherrschaft gewinnen erst in majorisierten Gesellschaften an materieller Bedeutung, und das gilt insbesondere für solche Aktiengesellschaften, bei denen es sich beim Großaktionär um einen Unternehmensaktionär handelt.

Das Anliegen des gesellschaftsinternen Haftungsrechts bekommt somit zentrale Bedeutung in Konzernverhältnissen. Als konzentrationsfördernd hat sich - wie bereits angedeutet und im folgenden noch näher ausgeführt werden soll - der geringe materielle Minderheitenschutz im Aktienrecht von 1937 ausgewirkt. Damit ist vielfach gleichzeitig eine Verletzung der Gläubigerinteressen verbunden. Eine besondere zusätzliche Konzentrationswirkung resultiert aus dieser Interessenverletzung aber nicht. Im übrigen ist es so, daß die Interessen der Minderheit auch dann schon verletzt werden, wenn von Gläubigergefährdung nicht die Rede sein kann. "Das Verantwortlichkeitsrecht innerhalb der Aktiengesellschaft setzt einen Schritt früher an." ²⁾ Wir beschränken uns deshalb innerhalb der Beziehungen zwischen dem gesellschaftsinternen Haftungsrecht und der Konzentrationsbegünstigung auf das Problem des materiellen Minderheitenschutzes.

(2) Im Aktienrecht als Vermögensrecht spielt sodann der insolvenzrechtliche Haftungsbegriff eine Rolle. In der Aktiengesellschaft als juristischer Person genießen die wirtschaftlichen Eigentümer die Rechtswohltat nur beschränkter Haftung gegenüber den Gläubigern. Hier ist vornehmlich wiederum die Konzernierung schuld, daß diese Rechtswohltat in anderer Weise ausgenutzt werden konnte als ursprünglich vorgesehen war. Im Rahmen der Untersuchung über die Beziehungen zwischen

1) E. J. Mestmäcker, Verwaltung. . . , a. a. O. , S. 5

2) ebenda, S. 31

Haftungsregelung und Konzentration ist dieser Gläubigerhaftung selbständige Bedeutung beizumessen. Wie wir sehen werden, bedeutet dieses formal am Tatbestand der juristischen Person aufgehängte Zugeständnis der Rechtsordnung lediglich beschränkter Haftung gegenüber den Gläubigern eine nicht unerhebliche Begünstigung der Konzernbildung gegenüber der wesentlich teurer und schwieriger zu bewerkstelligenden Fusionierung und damit auch eine Begünstigung der Konzentration.

Die Regelung der Haftungsverhältnisse im neuen Aktienrecht ist unter dem Aspekt der Wirtschaftsverfassung zu würdigen. Denn das im Gesellschaftsrecht entsprechend angewandte wirtschaftsverfassungsrechtliche Haftungsprinzip wirkt gleichzeitig gegen die Konzentration.

1. Kapitel:

Die Haftungsregelung im Aktienrecht von 1937 unter dem Aspekt der Konzentrationsbegünstigung

I. Die Begünstigung der Konzentration durch die gesellschaftsinterne Haftungsregelung

(1) Zur Realisierung des durch eine Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen verfolgten Zwecks ¹⁾ stehen verschiedene Formen zur Verfügung: Vertragsvereinbarung, Unternehmensverbindungen ohne Haftungskapitalkonzentration (faktische Konzernierung) und Unternehmensverbindungen mit Haftungskapitalkonzentration (Konzerne auf der Basis einer Gewinn- und Verlustgemeinschaft und Fusion). Für die Wahl der Formen bleibt als spezifischer Anlaß das übrig, was durch die anderen Formen nicht realisiert werden kann.

Stützel ²⁾ analysiert unter diesem Aspekt die Gründe, warum ein herrschendes Unternehmen für einen Zusammenschluß gerade die Form der faktischen Konzernierung wählt, d. h. sich des Instrumentes der Weisungserteilung an das abhängige Unternehmen auf der Grundlage maßgeblicher Beteiligung bedient, ohne vollends zur Haftungsgemeinschaft überzugehen. Er kommt zu dem Schluß, daß es zwei Gründe hierfür gibt: Einmal unmittelbare Vorteile aus der Weisungserteilung und zum andern mittelbare. Beide lassen sich weitgehend auf einen mangelnden Minderheitenschutz bzw. auf eine schlecht funktionierende Haftungsregelung zu-

1) Vgl. hierzu W. Stützel, a. a. O., S. 935 ff.

2) Zum folgenden vgl. ebenda, S. 939 ff.

rückführen, woraus gleichzeitig die Konzentrationsbegünstigung resultiert. ¹⁾

"Soweit unmittelbare Vorteile... den Anlaß geben, gerade die Form der Weisung (ohne Gewinn- und Verlustgemeinschaft) zu wählen, kann das nur darauf beruhen, daß das herrschende Unternehmen damit rechnet, der Gesamtsaldo zwischen seinen Leistungen an die abhängige Gesellschaft... und deren Gegenleistungen werde dank der Weisung, aufgrund der dann zustande kommenden Transaktionen und der darin 'vereinbarten' Verrechnungspreise, Verrechnungszinsen usw. stärker zu seinen Gunsten ausfallen als er ausfallen würde, wenn alle Verträge einzeln mit einem frei seine Pflichten als Vorstand der Tochter erfüllenden Vertragspartner ausgehandelt werden müßten und der Vorstand Verträge mit Dritten frei abschließen würde." ²⁾ Der Konzernaktionär nimmt sog. gesellschaftsfremde Sondervorteile wahr, die in der Regel bei der Tochter entgangene Gewinne, in Sonderfällen auch Verluste darstellen und damit auf eine Schädigung der außenstehenden Aktionäre in der abhängigen Gesellschaft hinauslaufen. ³⁾ Die Selbstschädigung des Großaktionärs in dem Tochterunternehmen ist für diesen insofern sinnvoll, als die Nachteilszufügung an anderer Stelle des Konzerns in der Regel mehr als kompensiert wird. Gewinnbringend sind diese Schädigungen, weil sie auf Kosten derjenigen Aktionäre gehen, die ausschließlich an der übervorteilten Gesellschaft beteiligt sind. ⁴⁾ Bei mangelhaftem Minderheitenschutz unterbleibt hingegen ein Schadensausgleich für die außenstehenden Aktionäre; hätte das Aktienrecht von 1937 die Wahrnehmung gesellschaftsfremder Sondervorteile bzw. die vermögensmäßige Benachteiligung außenstehender Aktionäre zu unterbinden versucht, so wäre die Wahrnehmung solcher Konzentrationsvorteile wesentlich schwieriger und damit auch der Anreiz dazu vermindert gewesen. ⁵⁾ Die alternativen Konzentrationsformen (Gewinn- und Verlustgemeinschaft oder Fusion) eignen sich hierfür insofern nicht, als eine solche Verhaltensweise des Konzernaktionärs bzw. der fusionierten Unternehmen nicht rational wäre. In solchen Fällen geht nämlich der gesamte Erfolg auf Rechnung des Gesamtkonzerns bzw. der fusionierten Unternehmung - ganz davon abgesehen, daß die alternativen Konzentrationsformen wesentlich mehr Kapitalkaufwand erfordern und damit teurer sind.

1) B. Großfeld sagt: "Jede Einschränkung der Rücksichtnahme auf abweichende Aktionärsgruppen und jeder Abbau des Schutzes der Minderheit wirkt... konzentrationsfördernd" (a. a. O., S. 26).

2) W. Stützel, a. a. O., S. 941

3) Mit der vermögensmäßigen Benachteiligung verbunden ist gleichzeitig ein Prozeß der Aktienbesitzkonzentration in der Hand der Paketaktionäre mit unternehmerischen Nebeninteressen (vgl. ebenda, S. 959 ff.).

4) E. J. Mestmäcker, Verwaltung..., a. a. O., S. 28

5) Vgl. auch ders., Probleme der Konzentration..., a. a. O., S. 104

Die Wahrnehmung gesellschaftsfremder Sondervorteile durch die Konzernmajorität ließ sich aufgrund folgender Umstände leicht realisieren: Zunächst war es für die Minderheitsaktionäre äußerst schwer, von solchen Schädigungen überhaupt Kenntnis zu bekommen. "Der außenstehende Aktionär oder der Gläubiger tappt weitgehend im Dunkeln. Er mag zwar verdächtige Geschäfte vermuten, wird aber ihren Umfang und ihre Auswirkungen nicht mit der für einen Rechtsstreit erforderlichen Sicherheit kennen. Vor allem auf diese Beweisschwierigkeiten dürfte es zurückgehen, daß bisher kaum versucht worden ist, ein herrschendes Unternehmen aufgrund des § 101 AktG 1937 zur Verantwortung zu ziehen." ¹⁾ Einem Auskunftsverlangen seitens der Minderheitsaktionäre auf der Hauptversammlung war allzu leicht mit § 112 Abs. 3 AktG 1937 zu begegnen. Erfuhr die Minderheit von schädigenden Vorgängen, so konnte sie aufgrund von § 101 AktG 1937 Schadenersatz verlangen; bei Nachteilszufügungen, denen ein Hauptversammlungsbeschluß zugrunde lag, stand ihr die Anfechtung dieses Beschlusses nach § 197 AktG 1937 offen. Ein Schadenersatzanspruch aufgrund von § 101 AktG 1937 entfiel bei Wahrnehmung gesellschaftsfremder Sondervorteile durch Stimmrechtsausübung (§ 101 Abs. 7). Der Schadenersatz- wie der Anfechtungsklage konnte jedoch entgegengehalten werden, daß die Einflußnahme "schutzwürdigen Belangen" diene und damit waren aufgrund von § 101 Abs. 3 bzw. § 197 Abs. 2 AktG 1937 ein Schadenersatzanspruch bzw. ein Anfechtungsrecht ausgeschlossen. Als schutzwürdige Belange galten aber nach der amtlichen Begründung auch Konzerninteressen. ²⁾

Auf mittelbare Weise konnte nach Stützel ³⁾ das herrschende Unternehmen Vorteile aus der "Zusammenarbeit" auf der Grundlage von Weisungen ziehen, wenn es gelang, die Gewinne der Tochter durch Eingliederung in die Strategie des Gesamtkonzerns, d. h. regelmäßig über wettbewerbspolitisch negativ zu beurteilende Formen der Zusammenarbeit stärker zu erhöhen als im unabhängigen Status. Eine Schädigungsmöglichkeit der Tochtergesellschaft und damit auch der außenstehenden Aktionäre fand Stützel darin, daß bei Beschränkung der Zusammenarbeit auf der Basis der Weisungserteilung das herrschende Unternehmen imstande war, auf eine Komplementaritätsrente aus dem gemeinsamen Vorgehen zu spekulieren, aber durch nichts daran gehindert wurde, den Schlüssel zur Verteilung des Ergebnisses der Kooperation erst festzulegen, wenn sich das tatsächliche Ergebnis überblicken ließ. Zeichneten sich aufgrund der Weisung große Gewinne ab, dann konnte der Schlüssel so gehandhabt werden, daß die Tochter sich immer noch besser stellte als bei Konzernunabhängigkeit. Das herrschende Unter-

1) Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 411

2) Vgl. H. Rasch, Deutsches Konzernrecht, 3. Aufl., a. a. O., S. 139

3) Vgl. W. Stützel, a. a. O., S. 942 ff.

nehmen sah sich hierbei in der Lage über Verrechnungspreise den größten, seine Beteiligungsquote bei weitem übersteigenden Anteil am Gewinn zu sichern. Andererseits war es im Falle sich abzeichnender Verluste möglich, diese bei der Tochter zu konzentrieren. ¹⁾ Eine solche Spekulation erlauben wiederum Fusion und Gewinngemeinschaft nicht, weshalb nach Stützels Ansicht diese Konzentrationsformen zu solchen Zwecken auch nicht so vorteilhaft sind wie eine Zusammenarbeit auf der Basis der Weisung. Eine Erschwerung der faktischen Konzernierung könnte insofern auch den Prozeß der Konzentration hemmen, weil nicht sicher ist, daß im gleichen Umfange alternative Konzentrationen erfolgen würden. Stützel resümiert: "Konzentration in dieser Form ist mithin um so attraktiver, je größere Möglichkeiten das Aktienrecht offenläßt, außenstehende Aktionäre, sei es unmittelbar (via Erzielung offensichtlich gesellschaftsfremder Sondervorteile), sei es mittelbar (durch asymmetrische Verteilung des Gewinn- und Verlustrisikos) zu benachteiligen. Mit jeder Verbesserung des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes wird die Attraktivität solcher Konzentrationsformen verringert." ²⁾

(2) Die gesellschaftsinterne Haftungsregelung hat den Konzentrationsprozeß nicht nur dadurch gefördert, daß sie die für gewisse Konzentrationsvorteile allein oder zumindest besonders geeignete Form der Unternehmensverbindung ohne Haftungskapitalkonzentration begünstigte. Die konzentrationsfördernde Wirkung des gesellschaftsinternen Haftungsrechts resultiert auch daraus, daß das gleichmäßig bei allen Fällen der Unternehmungszusammenschlüsse zu leistende Entgelt zu gering angesetzt ist. ³⁾ Die Ursachen hierfür sind in einem mangelhaften materiellen Minderheitenschutz zu sehen bzw. in der vermögensmäßigen Ungleichbehandlung der an einem Zusammenschluß der Unternehmungen beteiligten Kapitalgeber. Abgesehen von der oben angeführten Situation faktischer Beherrschung des abhängigen Unternehmens, ohne sich für Nachteilszufügungen gesetzlich schadensersatzpflichtig zu machen, ist hier zunächst auf die Möglichkeit des Großaktionärs hin-

1) "Die Konzernbildung ermöglicht eine Spekulation, bei der man damit rechnen kann, daß die Chancen größer als die Risiken sind" (H. O. Lenel, Ursachen der Konzentration, a. a. O., S. 164).

2) W. Stützel, a. a. O., S. 945; "Beteiligungskonzerne wirken weitgehend konzentrationsfördernd" (Das Problem der Unternehmenskonzentration im Gemeinsamen Markt, Denkschrift der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft - Kommission vom 1. Dez. 1965, abgedruckt in: Wirtschaft und Wettbewerb, 16. Jg. (1966) S. 335; vgl. auch E. J. Mestmäcker, Probleme der Konzentration. . . , a. a. O., S. 104

3) E. J. Mestmäcker, Probleme der Konzentration. . . , a. a. O., S. 104

zuweisen, einen unangemessenen Umtauschkurs bei Fusionierung ansetzen zu können; sodann vermag er bei Gewinngemeinschaft oder einem Organschaftsverhältnis eine unangemessene Organschaftsdividende für die außenstehenden Aktionäre festzulegen. Beides bedeutet eine Begünstigung der Konzentration, weil der Konzentrationsvorgang entweder billiger zu vollziehen oder aber der Zusammenschluß mit geringeren laufenden Belastungen versehen ist. ¹⁾ "Für den Konzernbaumeister stellt jedes Zurückbleiben der an außenstehende Aktionäre zu leistenden Zahlungen gegenüber dem von ihm jeder Aktie beigemessenen Wert eine Prämie dar." ²⁾ Daß es unter der Gültigkeit des alten Aktienrechts zu unangemessenen Umtauschverhältnissen oder Barabfindungen kommen konnte, weist Stützel anhand der unzulänglichen, aber zur Beurteilung der Angemessenheit vielfach herangezogenen Verfahren nach. ³⁾ Desgleichen war es dem Konzernaktionär möglich, seinen Einfluß auf die Hauptversammlungsbeschlüsse zu benutzen, der Gesellschaft z. B. einen Organschaftsvertrag aufzuzwingen, aus dem er selbst - offene und verdeckte Ergebnisabführungen an die Mutter sowie Steuereinsparungen zusammengerechnet - insgesamt größere geldwerte Vorteile je Aktie seines Pakets erwartete, als er durch das Aktienrecht gezwungen war, den außenstehenden Aktionären in Form von Organschaftsdividenden zukommen zu lassen. ⁴⁾ Ein solcher Vertrag wäre zwar nach § 197 Abs. 2 AktG 1937 anfechtbar gewesen, aber der Anfechtungsklage hätte in einem solchen Fall wiederum die Klausel "schutzwürdiger Belange" entgegengehalten werden können.

II. Konzentrationsbegünstigung durch die Sanktionierung der Trennung von rechtlicher und wirtschaftlicher Einheit im Konzern

(1) "Die Konzernierung modifiziert das Recht der unabhängigen Aktiengesellschaft in wichtigen, um nicht zu sagen in allen Beziehungen." ⁵⁾ Für die Regelung der Haftung der Aktionäre gegenüber den Gläubigern hat sich daraus folgende Problematik ergeben: Die Beschränkung der Haftung auf den Kapitalanteil war eine Folge der wirtschaftlichen Zielsetzung, die mit dieser Rechtsform verfolgt wurde: Kapitalsammlung vieler Kleinbeträge und Verteilung des Risikos auf viele. In diesem Fall hat der einzelne Aktionär nur geringen Einfluß auf die Leitung; der geringen Initiative entspricht die beschränkte Verantwortung gegen-

1) W. Stützel, a. a. O., S. 981

2) ebenda, S. 976

3) ebenda, S. 981 ff.

4) Vgl. ebenda, S. 966, 980 f.

5) E. J. Mestmäcker, Probleme der Konzentration..., a. a. O., S. 100

über Dritten. Die rechtliche Einheit, d. h. die Aktiengesellschaft, ist hier grundsätzlich identisch mit der wirtschaftlichen Einheit in der Form des von der Aktiengesellschaft betriebenen Unternehmens. Im Zeichen des Strukturwandels der Aktiengesellschaft, d. h. zunehmender Verschachtelung des Aktienbesitzes ¹⁾, ist die Aktie immer mehr zu einem Mittel der Beherrschung geworden. ²⁾ Sobald aber die Beherrschung einer juristischen Person durch einen Konzern gegeben ist, fehlt es an der Voraussetzung, die zum Zugeständnis der Rechtswohltat lediglich beschränkter Haftung der Gesellschafter einer juristischen Person gegenüber den Gläubigern gehört. ³⁾ Nunmehr fallen rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit auseinander. ⁴⁾ Die rechtliche Einheit stellt das abhängige Tochterunternehmen dar, während als wirtschaftliche Einheit der Konzern als Ganzes anzusehen ist. Ungeachtet der fehlenden Notwendigkeit hat aber das Aktienrecht von 1937 selbst bei stärkster wirtschaftlicher Abhängigkeit die juristische Selbständigkeit der einzelnen Konzernunternehmen nicht angetastet. Auch die in einen Konzern eingegliederte Gesellschaft blieb juristische Person, d. h. trat im Geschäftsverkehr mit Dritten im eigenen Namen auf und blieb alleinige Schuldnerin der von ihr eingegangenen Verbindlichkeiten. In dem Bericht der halboffiziellen Akademie für Deutsches Recht, die sich kurz vor Erlaß des Aktiengesetzes von 1937 mit der Frage der Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochter befaßte, heißt es: "Der Grundsatz der rechtlichen Selbständigkeit der zu einem Konzern gehörenden Unternehmungen darf nicht angetastet werden, wenn man nicht jeden Halt verlieren und einen wichtigen Rechtsgrundsatz aufgeben will. . ." ⁵⁾ Die Trennung von rechtlicher und wirtschaftlicher Einheit wurde also aktienrechtlich sanktioniert.

Ausgehend von der Maßgeblichkeit juristischer Selbständigkeit versuchte das Aktiengesetz von 1937 den Gläubigerschutz auch bei konzernabhängigen Aktienge-

-
- 1) Vgl. C. E. Fischer, Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht, a. a. O., S. 115 ff.; W. Strauss, Grundlagen und Aufgaben der Aktienrechtsreform, Vorträge und Aufsätze des Walter-Eucken-Instituts, Nr. 5, Tübingen 1960, S. 10 ff.; H. Rasch, Gutachten, a. a. O., S. 6 f.
 - 2) W. Strauss, Grundlagen und Aufgaben der Aktienrechtsreform, a. a. O., S. 12
 - 3) Vgl. W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, a. a. O., S. 282
 - 4) Die Legaldefinition des Konzerns im Aktiengesetz von 1937 (§15 Abs. 1) lautete: "Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern."
 - 5) Zitiert bei H. Rasch, Deutsches Konzernrecht, 2. Aufl., Köln-Berlin 1955, S. 176; vgl. ebenso Ausschuß zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft (Hrsg.), a. a. O., S. 71

sellschaften mit den Normen zu gewährleisten, die für den Schutz der Gläubiger einer rechtlich und wirtschaftlich unabhängigen AG galten.¹⁾ Dem Tatbestand der Beherrschung als solchem wurde haftungsrechtlich keine Bedeutung beigemessen.²⁾ Lediglich der Mißbrauch der Beherrschungsmacht und die daraus resultierende Gefahr für die Gläubiger sollten eine höhere Verantwortung begründen. Für den spezifischen Schutz der Gläubigerinteressen bei konzernmäßig verbundenen Unternehmen war daher der bereits oben erwähnte § 101 AktG 1937 eingerichtet.³⁾ Die Schadensersatzpflicht für die Wahrnehmung gesellschaftsfremder Sondervorteile bestand in subsidiärer Weise auch gegenüber den Gläubigern, soweit diese keine Befriedigung von der abhängigen Gesellschaft erlangen konnten (§ 101 Abs. 5 AktG 1937). Der Wirksamkeit dieser Schutzbestimmung stand aber wiederum die Exkulpationsmöglichkeit entgegen, daß der Einfluß schutzwürdigen Belangen (gerade auch Konzerninteressen) diene.

Aus der Erkenntnis heraus, daß die Gläubigerschutzinteressen in § 101 AktG 1937 nur eine äußerst unbefriedigende und unzureichende Regelung gefunden haben, wurde in Rechtsprechung und Literatur der Begriff der sog. Durchgriffshaftung aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen entwickelt.⁴⁾ Beim Haftungsdurchgriff handelt es sich um die Gleichsetzung der Gesellschaft mit ihren Mitgliedern in bezug auf die Gläubigerhaftung bzw. um die Frage, ob und inwieweit die Gläubiger einer Gesellschaft wegen einer Forderung trotz der juristischen Selbständigkeit Rückgriff nehmen können auf die hinter der juristischen Person stehenden natürlichen bzw. juristischen Personen.⁵⁾ Aber auch in der juristischen Literatur und in der Rechtsprechung wird "Beherrschung" allein nicht als zureichender Rechtsgrund für einen Haftungsdurchgriff angesehen. Selbst für die stärkste Eingliederung, nämlich der Organschaft, ist "es in der deutschen Literatur stets abgelehnt worden, mit dem Vorliegen einer Organschaft allein einen Haftungsdurchgriff zu rechtfertigen; erst wenn bestimmte weitere Umstände hinzutreten, könne ein sol-

1) Es sei hierzu auf die einleitenden Ausführungen zu den Funktionen des gesellschaftsinternen Haftungsrechts verwiesen (S. 61 f.).

2) H. Rasch, a. a. O., S. 176

3) H. Zartmann, Der Gläubigerschutz bei konzernmäßig verbundenen Unternehmen, insbesondere bei Organschaftsverhältnissen nach geltendem und künftigen Aktienrecht, in: Die Aktiengesellschaft, 10. Jg. (1965), S. 93

4) ebenda, S. 93

5) Zum Problem des Haftungsdurchgriffs vgl. R. Serick, Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen unter Berücksichtigung von Organschafts- und Konzernverhältnissen, Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft, Karlsruhe, Heft 42; U. Drobnig, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Frankfurt/M. 1959.

cher angenommen werden." ¹⁾ Die Voraussetzungen unter denen diese Grundsätze der Durchgriffshaftung insolvenzrechtlich Bedeutung erlangten, waren entweder so stringent oder aber schwer nachweisbar, daß sie für die Mehrzahl der Fälle konzernmäßiger Verbundenheit nur schwer zur Anwendung hätten gebracht werden können. Zartmann hielt sie für derart problematisch, daß er aus diesem Grunde eine gesetzliche Regelung des Gläubigerschutzes bei konzernmäßig verbundenen Unternehmen im Zuge der jüngsten Aktienrechtsreform begrüßte. ²⁾ Allerdings war in den Fällen eines Organschaftsverhältnisses ³⁾ mit einer Gewinn- und Verlustausschließungsvereinbarung eine mittelbare Haftung der Mutter für die Verbindlichkeiten der Tochter gegeben. ⁴⁾ Die Gläubiger der Organgesellschaften konnten in den Anspruch der Organgesellschaft auf Verlustübernahme vollstrecken. Auf der anderen Seite war dieser indirekte Gläubigerschutz an die rechtliche Wirksamkeit des Organschaftsvertrages gebunden. Bei rechtzeitiger Kündigung entfiel die Schuldenhaftung der Muttergesellschaft. Lenel sah deswegen keinen großen Unterschied im Hinblick auf die Schuldenhaftung der Obergesellschaft (Organträgers) bei Vorliegen eines Organschaftsvertrages bzw. bei Fehlen eines solchen. ⁵⁾

(2) Abschließend ist zu prüfen, welche Bedeutung der vom Aktienrecht und vom Insolvenzrecht und der Praxis der Rechtssprechung sanktionierten Trennung von rechtlicher und wirtschaftlicher Einheit im Konzern bzw. der beschränkten Haftung des Konzernaktionärs gegenüber den Gläubigern der Tochterunternehmungen für den Konzentrationsprozeß zukam. Das Zugeständnis der Rechtswohlthat lediglich beschränkter Haftung auch an den Konzernaktionär war für die Konzernbildung in erheblichem Umfange verantwortlich. ⁶⁾ Die Konzentrationsenquete

-
- 1) U. Drobnig, a. a. O., S. 46 und die dort angegebenen Literaturstellen; sowie H. Zartmann, a. a. O., S. 94; vgl. auch die Ansichten des BGH, in: BGH, Bundesanwaltschaft (Hrsg.), Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, 22. Bd., Berlin-Köln 1957, Nr. 26, S. 233 f.
 - 2) H. Zartmann, a. a. O., S. 94
 - 3) Zu dem aus dem Steuerrecht stammenden Begriff der Organschaft vgl. H. Rasch, Deutsches Konzernrecht, 3. Aufl., a. a. O., S. 72 ff.; E. J. Mestmäcker, Verwaltung..., a. a. O., S. 287 ff.
 - 4) "Der steuerliche Vorteil der Organschaft zieht regelmäßig den zivilrechtlichen Nachteil der unbeschränkten Haftung nach sich" (W. Schilling, Die Einmann-gesellschaft und das Einzelunternehmen mbH, in: Juristenzeitung, 8. Jg. (1953) S. 162).
 - 5) H. O. Lenel, Ursachen der Konzentration, a. a. O., S. 164
 - 6) "Insbesondere hat auch die übermäßige Ausbildung der Haftungsbeschränkung

führt aus, daß ein zentraler Faktor für die Konzernbildung, "die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung für rechtlich selbständige Konzernglieder" gewesen sei. ¹⁾ Wäre haftungsrechtlich die volle Identität zwischen rechtlicher und wirtschaftlicher Einheit gegeben gewesen, so hätte die Konzernbildung ein ungleich größeres Risiko eingeschlossen, wie es etwa bei der alternativen Möglichkeit der Fusion der Fall ist. Jede Förderung der Konzernierung im Vergleich zur Fusionierung stellt aber auch eine Förderung des Konzentrationsprozesses dar, weil kaum zu erwarten steht, daß bei Erschwerung der Konzernierung im gleichen Umfange Fusionen erfolgen würden. ²⁾

2. Kapitel:

Die Haftungsregelung im Aktienrecht von 1965 unter dem Aspekt der Konzentrationsproblematik

Der Strukturwandel der Aktiengesellschaft im Zuge der Konzernbildung hat zu einer immer tieferen Kluft zwischen Gesetz und Rechtswirklichkeit geführt. Die bisherigen aktienrechtlichen Gesetzgebungen orientierten sich - wie wir gesehen haben - bis auf wenige Ausnahmen am Leitbild der Aktiengesellschaft mit breitgestreutem Aktienbesitz; seit der Jahrhundertwende dominiert aber in der Rechtswirklichkeit immer mehr die von einem Großaktionär - in der Regel ein anderes Unternehmen - beherrschte Gesellschaft. Die Funktionsvoraussetzung für das gesellschaftsinterne Haftungsrecht, das sowohl dem Aktionärsschutz als auch dem Gläubigerschutz dient, ist nicht mehr gegeben; ebenso ist der Rechtfertigungsgrund nur beschränkter Haftung des Konzernaktionärs für die Schulden der abhängigen Gesellschaft fraglich geworden. Die Probleme des Konzernwesens wurden als die eigentlichen Probleme des heutigen Aktienrechts bezeichnet. ³⁾

Das neue Aktiengesetz hat erstmals versucht, die Rechtsbeziehungen verbundener Unternehmen gesondert im dritten Buche des Aktiengesetzes gesetzlich zu regeln. Einen Großteil des neuen Konzernrechts nehmen haftungsrechtliche Probleme ein, die sich aus der Verbundenheit von Unternehmen ergeben. "Der weitaus wichtigste Zweck der gesetzlichen Regelung ist... der Schutz von außenstehen-

Fortsetzung der Fußnote 6) von Seite 70:

wesentlich dazu beigetragen, die Konzern- und damit die Monopolbildung zu fördern. . . " (Wissenschaftlicher Beirat beim BMW, Gutachten zum Wettbewerbsproblem, a. a. O. , S. 36); vgl. auch W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, a. a. O. , S. 280

1) Konzentrationsenquete , a. a. O. , S. 60

2) Vgl. H. O. Lenel, Ursachen der Konzentration, a. a. O. , S. 162, 164

3) H. Rasch, Gutachten, a. a. O. , S. 9

den Aktionären und Gläubigern gegen die einer Konzernierung inhärente Aufhebung der abhängigen Gesellschaft als eines selbständigen Unternehmens. " 1) Von Interesse ist für uns, inwieweit die im vorigen Kapitel festgestellten konzentrationsfördernden Bestimmungen der Haftungsregelung abgebaut worden sind. Hierzu sollen die Ergebnisse der Aktienrechtsreform im Hinblick auf die Neuregelung des Haftungsrechts unter dem Einfluß der Verbundenheit von Unternehmen erst kurz dargestellt werden, um dann im 3. Kapitel unter dem Aspekt der Wirtschaftsverfassung dazu Stellung nehmen zu können.

I. Die verschiedenen Arten der Konzernverbindungen im Recht der verbundenen Unternehmen

(1) Den praktisch bedeutendsten Inhalt des Sammelbegriffes "verbundene Unternehmen" stellen die Konzernverhältnisse dar. Als Konzernierung werden nach der Legaldefinition des § 18 AktG 1965 die Fälle angesehen, bei denen rechtlich selbständig bleibende Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sind. Diese Definition umfaßt sowohl den Unterordnungs- als auch den Gleichordnungskonzern. 2) Das Gesetz selbst konzentriert sich aber überwiegend auf den auch in der Praxis vorherrschenden Unterordnungs- oder Subordinationskonzern. Ein solcher liegt dann vor, wenn ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt sind. Als abhängig werden solche Gesellschaften angesehen, auf die ein anderes Unternehmen einen beherrschenden Einfluß ausüben kann. Von einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen wird vermutet, daß es abhängig ist.

(2) In der Darstellung der Haftungsverhältnisse nach dem neuen Aktienkonzernrecht halten wir uns an die im Gesetz verfolgte Grundkonzeption bei der Regelung der haftungsrechtlichen Probleme, die sich aufgrund des Sachverhalts be-

1) E. J. Mestmäcker, Probleme der Konzentration... , a. a. O. , S. 109

2) Von einem Gleichordnungskonzern wird dann gesprochen, wenn rechtlich selbständige Unternehmen, ohne daß das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter "einheitlicher Leitung" zusammengefaßt werden. Die einheitliche Leitung kann z. B. beruhen auf einem vertraglichen Gemeinschaftsorgan der konzernverbundenen Unternehmen (Interessengemeinschaft) oder darauf, daß die Anteile der Konzernunternehmen bei einem Nichtunternehmer-Eigentümer konzentriert sind.

herrschender Einflußnahme (resultierend aus einer maßgeblichen Beteiligung) eines Unternehmens auf ein anderes ergeben. Das Gesetz hat folgende grundlegende Unterscheidungen getroffen: ¹⁾

- Konzerne mit rechtlich anerkannter Leitungsmacht: Die durch Konzernierung geschaffene wirtschaftliche Einheit wird als wirtschaftliche Fusion behandelt und die Rechte der Beteiligten in Analogie zur Fusion gestaltet. Diesen Weg verfolgt das Aktiengesetz für die Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in § 291 sowie für die Konzerneingliederung der §§ 319 ff. ²⁾
- Konzerne ohne rechtlich anerkannte Leitungsmacht: Die aufgrund maßgeblicher Beteiligung mögliche Konzernierung wird rechtlich nicht anerkannt. In der Begründung zum Regierungsentwurf spricht man von "Konzernen, die lediglich Kraft tatsächlicher Beherrschungsmacht geleitet werden" ³⁾. Das trifft einmal für den sog. faktischen Konzern zu, bei welchem die aus dem mehrheitlichen Anteilsbesitz resultierende Beherrschungsmacht zur einheitlichen Leitung ausgedehnt wird. Zum anderen gehören hierhin jene Fälle, in denen zu einer bereits gegebenen faktischen Abhängigkeit noch ein sog. "anderer" Unternehmensvertrag im Sinne von § 292 AktG 1965 hinzutritt (Gewinngemeinschaft, Teilgewinnabführungsvertrag, Pacht- und Betriebsüberlassungsvertrag). Der Gesetzgeber sieht im Gegensatz zum Beherrschungsvertrag die "anderen" Unternehmensverträge als rein schuldrechtliche an, also als solche mit Austausch von Leistung und Gegenleistung zwischen herrschendem und abhängigem Unternehmen. ⁴⁾

1) E. J. Mestmäcker, Probleme der Konzentration. . . , a. a. O. , S. 100 ff. ; sowie Begründung RegE, a. a. O. , S. 374

2) E. J. Mestmäcker, Probleme der Konzentration. . . , a. a. O. , S. 103; gründet sich die Konzernleitungsmacht auf einen Beherrschungsvertrag, dann spricht man von einem Vertragskonzern (siehe: BKropff, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, in: Der Betriebs-Berater, 20. Jahr (1965), S. 1282).

3) Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O. , S. 374

4) Zum rechtssystematischen Unterschied zwischen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag auf der einen Seite und den sog. "anderen" Unternehmensverträgen auf der anderen Seite vgl. H. Würdinger, Zur Reform des Konzernrechts, in: B. Samson (Hrsg.), a. a. O. , S. 279 ff.

II. Die Sicherung der außenstehenden Aktionäre im neuen Aktienkonzernrecht

1. Konzerne mit rechtlich anerkannter Leitungsmacht und außenstehende Aktionäre

(1) Bei Bestehen eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages: Beherrschung und Gewinnabführungsvertrag, abgeschlossen zwischen Mehrheitsaktionär und Gesellschaft, kommen in der Praxis kombiniert als sog. Organschaftsverträge vor. Mit § 291 soll die unter dem Einfluß des Steuerrechts ausgebildete Organschaft gesellschaftsrechtlich legitimiert werden. Das abhängige Unternehmen wird als Organgesellschaft durch die finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung als eigenständiges Unternehmen vernichtet. Damit verbunden ist die Legalisierung umfassender Konzernleitungsmacht; das Konzerninteresse als Rechtfertigung für gesellschaftsschädliche Weisungen wird ebenso anerkannt wie der Wandel der Verantwortlichkeit des Tochtervorstandes. Dieser handelt - nunmehr legitimiert - auf Weisung oder zumindest im Interesse der Muttergesellschaft (§ 308 ff. AktG 1965). "Dem Wandel der Organverantwortlichkeit ist die Entschädigung der außenstehenden Aktionäre zugeordnet. Erst die besonderen Pflichten des herrschenden Unternehmens gegenüber den außenstehenden Aktionären legitimieren dessen Weisungsrecht." ¹⁾

Mit dem Abschluß eines der genannten Verträge erlangen die außenstehenden Aktionäre nach dem neuen Gesetz alternativ einen angemessenen Ausgleichsanspruch (§ 304) bzw. einen Abfindungsanspruch (§ 305) gegenüber dem herrschenden Unternehmen. Als Maßstäbe für die Ermittlung eines angemessenen Ausgleichs durch Zahlung wiederkehrender Geldleistungen nennt das Gesetz:

- Als Ausgleichszahlung ist mindestens der Betrag zu garantieren, der nach der bisherigen Ertragslage der Gesellschaft und ihren künftigen Ertragsaussichten voraussichtlich als zukünftiger Gewinnanteil pro Aktie verteilt werden könnte.
- Ist die herrschende Gesellschaft eine Aktiengesellschaft oder eine KGaA, so kann die Zahlung des Betrages zugesichert werden, der auf Aktien der anderen Gesellschaft mit mindestens dem entsprechenden Nennbetrag jeweils als Gewinnanteil entfällt; hier werden die außenstehenden Aktionäre in ihrem Dividendenrecht so gestellt, als hätten die konzernierten Gesellschaften fusioniert.

Macht ein außenstehender Aktionär von dem vertraglich zugesicherten Abfindungsanspruch Gebrauch, dann sieht das Gesetz für die Übernahme der Aktien des Min-

1) E. J. Mestmäcker, Probleme der Konzentration, . . . , a. a. O. , S. 110

derheitsaktionärs folgende Regelung vor:

- Handelt es sich bei der Muttergesellschaft um eine wirtschaftlich selbständige AG oder KGaA mit Sitz im Inland, so muß sie als Abfindung eigene Aktien anbieten.
- Ist die Mutter selbst von einer anderen AG oder KGaA mit Sitz im Inland abhängig, so muß sie entweder Aktien der ihr übergeordneten herrschenden Gesellschaft oder eine Barabfindung anbieten.
- In allen anderen Fällen ist eine Barabfindung anzubieten.

Die Höhe der Abfindung wird als angemessen angesehen, wenn bei Aktientausch die Aktien in dem Verhältnis gewährt werden, in dem bei einer Verschmelzung auf eine Aktie der Gesellschaft Aktien der anderen Gesellschaft zu gewähren wären, bei Abfindung in bar dann, wenn die Vermögens- und Ertragslage zum Zeitpunkt der Beschlußfassung der Hauptversammlung berücksichtigt wurde. Zur Regelung des verbandsinternen Haftungsrechts bzw. Sicherung der außenstehenden Aktionäre ist demnach festzustellen, daß mit der Einfügung der abhängigen Gesellschaft in den Konzern die Stellung der außenstehenden Aktionäre nicht mehr vom jeweiligen Ertrag ihrer Gesellschaft bestimmt wird; vielmehr wird die allein durch das Mitgliedschaftsrecht definierte Stellung durch Ausgleichszahlung oder durch Abfindung ersetzt. "In den Fällen der Konzernierung nach den §§ 291, 319 übernimmt die herrschende Gesellschaft mit dem Unternehmen der abhängigen Gesellschaft auch das Unternehmensrisiko. Inwieweit die außenstehenden Aktionäre an dem Unternehmen und dem Unternehmensrisiko des Konzerns beteiligt werden, hängt von der Art des Ausgleichs oder der Abfindung ab, die sie empfangen." ¹⁾

Zu erwähnen ist noch, daß eine Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses wegen Unangemessenheit der Ausgleichszahlung bzw. der Abfindung nicht möglich ist. Jeder außenstehende Aktionär hat allerdings das Recht, die Angemessenheit richterlich überprüfen zu lassen. Den Interessen der außenstehenden Aktionäre soll durch notfalls richterliche Vertragsgestaltung Rechnung getragen werden. ²⁾

(2) Eingliederung und außenstehende Aktionäre: Die Eingliederung (§§ 319 ff. AktG 1965) ist eine Neuschöpfung des Konzernrechts. "Die Rechtsfigur der Eingliederung bedeutet eine Fusion unter Aufrechterhaltung der Rechtspersönlich-

1) E. J. Mestmäcker, Probleme der Konzentration. . . , a. a. O. , S. 113

2) H. Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1966, S. 292

keit der eingegliederten Gesellschaft. " ¹⁾ Sie ist nur bei Aktiengesellschaften (Mutter wie Tochter) möglich. Die Eingliederung selbst setzt sowohl einen dahingehenden Hauptversammlungsbeschluß der Ober- als auch der eingegliederten Gesellschaft voraus. Ein eingegliedertes Unternehmen ist eine Einmanngesellschaft des herrschenden Unternehmens; es kann also nach vollzogener Eingliederung keine außenstehenden Aktionäre mehr haben. Demnach entfällt ein besonderes, gesellschaftsinternes Haftungsproblem. Allerdings ist die Eingliederung auch schon bei einem Anteilbesitz der Muttergesellschaft an der Tochter von 95 % durch Mehrheitsbeschluß möglich (§ 320 AktG 1965). Die ausscheidenden Aktionäre haben dann stets einen Anspruch auf Abfindung in Aktien der Obergesellschaft. Ist diese wiederum abhängig, so haben die ausscheidenden Aktionäre ein Wahlrecht zwischen Abfindung in Aktien ihrer (auch abhängigen) Obergesellschaft oder Abfindung in bar. Die Bemessung der Abfindung richtet sich nach denselben Grundsätzen wie bei der Abfindung beim Abschluß eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages.

2. Konzerne ohne rechtlich anerkannte Leitungsmacht und außenstehende Aktionäre

(1) Die Regelung des gesellschaftsinternen Haftungsrechts für den Bereich des sog. faktischen Konzerns geht von folgender Konzeption aus: ²⁾ Die einzelnen Tochterunternehmen werden trotz faktischer wirtschaftlicher Abhängigkeit als selbstständige Unternehmen behandelt. Erfolg oder Mißerfolg des abhängigen Unternehmens bestimmen also die wirtschaftliche Stellung ihrer Aktionäre. Das Gesetz versucht den Schutz der außenstehenden Aktionäre indirekt über besondere Sicherungen der abhängigen Gesellschaft zu verwirklichen. ³⁾ Dabei wird die faktische Ausübung des beherrschenden Einflusses geduldet, und zwar gleichgültig auf welchen Wegen er erfolgt. Im Gegensatz zu den Regeln, die bei Abschluß eines Beherrschungsvertrages gelten, sieht die rechtliche Ordnung des faktischen Konzerns aber keine Änderung der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung in der ab-

-
- 1) W. Flume, Die konzernrechtliche Gestaltung im Aktienrecht, in: Forschungsstelle der Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Zur großen Aktienrechtsreform, a. a. O., S. 19
 - 2) Vgl. hierzu H. Wilhelmi, Das neue Aktiengesetz, in: Die Aktiengesellschaft, 10. Jg. (1965), S. 308 ff.
 - 3) B. Kropff, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, in: Der Betriebs-Berater, 20. Jg. (1965), S. 1283

hängigen Aktiengesellschaft vor. ¹⁾ Das Gesetz legt lediglich Schranken der Einflußnahme (§ 311 AktG 1965) und ein darauf aufgebautes gesellschaftsinternes Haftungsrecht fest (§§ 317, 318 AktG 1965). Das herrschende Unternehmen darf bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages seinen Einfluß nicht mehr dazu benutzen, die abhängige Gesellschaft zu einem für sie nachteiligen Rechtsgeschäft oder zu einer nachteiligen Maßnahme zu veranlassen, es sei denn, daß die Nachteile ausgeglichen werden. Das Konzerninteresse hat - im Gegensatz zum bisherigen Recht - kein Vorrecht mehr vor dem Interesse der abhängigen Gesellschaft. ²⁾ Das neue Konzernrecht schließt zwar damit die Berücksichtigung des Konzerninteresses bei den einzelnen Rechtsgeschäften oder Maßnahmen nicht aus. Es verlangt aber den Nachteilsausgleich und erkennt diesen Ausgleich nur an, wenn er entweder während des Geschäftsjahres tatsächlich erfolgt ist oder spätestens am Ende des Geschäftsjahres, in dem der abhängigen Gesellschaft der Nachteil zugefügt worden ist, bestimmt wird, wann und durch welche Vorteile der Nachteil ausgeglichen werden soll. Ebenfalls muß der abhängigen Gesellschaft auf die zum Ausgleich bestimmten Vorteile ein Rechtsanspruch eingeräumt werden (§ 311 Abs. 2 AktG 1965).

Die Einhaltung dieser Vorschrift soll durch eine Berichts- und Prüfungspflicht sichergestellt werden. Der Tochtervorstand hat für jedes Geschäftsjahr einen "Bericht über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen" (Abhängigkeitsbericht nach § 312 AktG 1965) aufzustellen; in diesem ist über alle Rechtsgeschäfte mit dem herrschenden Unternehmen, ebenso über alle anderen Maßnahmen, die auf Veranlassung oder im Interesse der Obergesellschaft vorgenommen bzw. unterlassen wurden, Rechenschaft abzulegen. Der Bericht soll der Prüfung der Angemessenheit aller Geschäfte ³⁾ dienen. Außerdem ist der Bericht vom Abschlußprüfer und vom Aufsichtsrat zu prüfen. Der Aufsichtsrat hat der Hauptversammlung über das Ergebnis der Prüfung, insbesondere über den Bestätigungsvermerk bzw. die Ab-

1) E. J. Mestmäcker, Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen im neuen Aktiengesetz, in: K. H. Biedenkopf, H. Coing, E. J. Mestmäcker (Hrsg.), Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe für H. Kronstein, Karlsruhe 1967, S. 141

2) M. Kruk, Die Konzerne passen sich an, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 255, v. 2. 11. 65, S. 17; vgl. ebenso Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 407 f.

3) Dazu sind bei Rechtsgeschäften Leistung und Gegenleistung, bei Maßnahmen außer den Gründen die Vor- und Nachteile anzugeben (Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 411).

lehnung desselben durch die Abschlußprüfer, zu berichten. ¹⁾ Bei Einschränkung oder Verweigerung des Bestätigungsvermerks der Abschlußprüfer hat jeder Aktionär das Recht, eine gerichtliche Sonderprüfung zu verlangen.

In haftungsrechtlicher Hinsicht folgert das Gesetz im Anschluß an die eben genannten Schutzbestimmungen folgendes: Wird eine abhängige Gesellschaft ohne Schadensausgleich oder vertraglich zugesicherte Vorteilsgewährung geschädigt, so haftet das herrschende Unternehmen auf Schadensersatz (§ 317 AktG 1965). ²⁾ Auch die freien Aktionäre sind im Falle einer direkten Nachteilszufügung - unabhängig von jener indirekten, die ihnen durch die Schädigung der Gesellschaft entsteht - anspruchsberechtigt. Die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens haften gesamtschuldnerisch. Soweit die Verwaltung des abhängigen Unternehmens ihre Pflichten in bezug auf den Abhängigkeitsbericht verletzt, haftet auch sie gesamtschuldnerisch (§ 318 AktG 1965). Eine nicht zu unterschätzende Exkulpationsmöglichkeit für die Ersatzpflicht des herrschenden Unternehmens und seiner gesetzlichen Vertreter gibt allerdings folgende Bestimmung: Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn auch ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft das Rechtsgeschäft vorgenommen und die Maßnahme getroffen oder unterlassen hätte (§ 317 Abs. 2 AktG 1965).

Beruhet die konzernmäßige Zusammenfassung auf einer maßgeblichen Beteiligung, so hängt die Wirksamkeit des Minderheitenschutzes vor vermögensmäßiger Benachteiligung von der Funktionsfähigkeit der eben genannten Kontrolle ab.

(2) Liegt bei einem faktischen Konzern zwischen herrschender und abhängiger Gesellschaft außerdem noch ein sog. "anderer" Unternehmensvertrag vor, dann wird in der Regel gegenüber den außenstehenden Aktionären eine Dividendengarantie übernommen. ³⁾ Fällt diese nun aufgrund der Absicht des Konzernaktionärs, gesellschaftsfremde Sondervorteile zu erlangen, unangemessen niedrig aus, so kann ein außenstehender Aktionär diesen Hauptversammlungsbeschluß nach § 243 Abs. 2

-
- 1) Der Bericht selbst unterliegt keiner Publizität; lediglich die allgemeine Erklärung des Vorstandes, ob seiner Ansicht nach die Gesellschaft benachteiligt wurde oder nicht, ist in den Geschäftsbericht aufzunehmen.
 - 2) "Das Benachteiligungsverbot ist. . . kein absolutes, sondern ein bedingtes. Nicht die Nachteilszufügung als solche bewirkt eine Verantwortlichkeit bei der herrschenden und abhängigen Gesellschaft, sondern das Unterlassen des vorgeschriebenen Ausgleichs" (H. Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, a. a. O., S. 309).
 - 3) Vgl. E. J. Mestmäcker, Verwaltung. . . , a. a. O., S. 316 ff.

AktG 1965 anfechten. ¹⁾ Daneben gelten aber unvermindert die Schutzbestimmungen der §§ 311 ff. AktG 1965. Da das Verbot des § 311 auch für die Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung zutrifft, unterliegt schon der Abschluß eines "anderen" Unternehmensvertrages zwischen herrschenden und abhängigen Unternehmen dem Schutz der §§ 311 ff. ²⁾, also insbesondere auch die Höhe der Gegenleistung (z. B. Pachtentgelt oder Betriebsüberlassungsgebühr). Sollte der Zustimmungsbeschluß der Hauptversammlung aus irgendwelchen Gründen unanfechtbar geworden sein, obwohl die abhängige Gesellschaft zu unangemessenen Bedingungen vertraglich gebunden wurde (z. B. durch einen zu niedrigen Pachtzins) so beruht der Minderheitenschutz sogar völlig auf den Schutzbestimmungen des § 311 AktG 1965. Die abhängige Gesellschaft wird als Schadensausgleich mindestens den Unterschied zwischen dem vereinbarten und einem angemessenen Pachtentgelt verlangen können. ³⁾

III. Die Sicherung der Gläubiger im neuen Aktienkonzernrecht

Unter dem Aspekt der Konzentrationsproblematik interessiert, inwieweit das neue Aktienrecht den Konzern trotz juristischer Selbständigkeit der Teiglieder als eine Haftungseinheit auffaßt. Die Haftungsgemeinschaft kommt dann zustande, wenn für die Schulden der Tochterunternehmen die Mutter mithaftet. ⁴⁾ Es gilt, den Vorteil der Konzernierung gegenüber der Fusionierung in der Risikotragung bei der Unternehmensexpansion auszugleichen.

1. Konzerne mit rechtlich anerkannter Leitungsmacht und Sicherung der Gläubiger

(1) Sicherung der Gläubiger bei Bestehen eines Beherrschungs- bzw. Gewinnabführungsvertrages: Besteht ein Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag, dann sieht das neue Aktienkonzernrecht in der Tat weitgehend eine Haftungsgemein-

1) Gewinngemeinschafts- und Teilgewinnabführungsverträge mit dem Konzernaktionär sind sogar nichtig, wenn der Vertrag nicht eine angemessene Gegenleistung vorsieht. Nicht dagegen für den Fall, daß ein Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsvertrag vorliegt. Letztere Verträge sind nur anfechtbar (vgl. Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 379).

2) H. Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, a. a. O., S. 309

3) B. Kropff, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, a. a. O., S. 1286

4) Eine Mithaftung der Töchter für die Verbindlichkeiten der Mutter kann dagegen billigerweise nicht gemeint sein.

schaft vor. Rechtstechnisch wird dies nicht durch Statuierung einer unmittelbaren gesamtschuldnerischen Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochter erreicht, sondern auf mittelbare Weise. Bestimmte Schutzvorschriften wirken einer Aushöhlung der Substanz der Gesellschaft entgegen und erhalten so auch den Gläubigern das haftende Kapital. Hierfür dienen einmal die Vorschriften über die zwangsweise Einstellung von Mindestbeträgen in die gesetzliche Rücklage (§ 300 AktG 1965) und die Festlegung einer gesetzlichen Grenze der Gewinnabführungspflicht. Entscheidend ist aber in haftungsrechtlicher Hinsicht die Vorschrift des § 302 AktG 1965, die ausdrücklich die Verpflichtung statuiert, daß die Muttergesellschaft jeden während der Vertragsdauer entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen hat, es sei denn, es können freie Rücklagen, die während der Vertragsdauer gebildet wurden, dazu aufgelöst werden. "Praktisch ist somit eine mittelbare Haftung der Obergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Organgesellschaft (Durchgriffshaftung) dadurch gegeben, daß deren Gläubiger in den Anspruch der Organgesellschaft auf Verlustübernahme vollstrecken können." ¹⁾ Außerdem hat die Obergesellschaft bei Vertragsbeendigung für bis dahin aufgelaufene Verbindlichkeiten Sicherheit zu leisten oder eine Bürgschaft zu übernehmen (§ 303 AktG 1965).

(2) Sicherung der Gläubiger bei Eingliederung: Für den Fall der Eingliederung begründet das Gesetz eine Haftungsgemeinschaft durch Statuierung einer vollen gesamtschuldnerischen Mithaftung der Hauptgesellschaft trotz Aufrechterhaltung eigener Rechtspersönlichkeit (§ 322 AktG 1965). Die Gläubiger können auf einfachere Weise als durch Sicherung der bilanzmäßigen Substanz der abhängigen Gesellschaft, wie dies die §§ 300 bis 303 AktG 1965 anstreben, geschützt werden. Es genügt, wenn die Muttergesellschaft die Mithaftung für die Verbindlichkeiten der abhängigen Gesellschaft übernimmt. Durch diese Mithaftung sichert nämlich das Grundkapital des herrschenden Unternehmens auch die Gläubiger der abhängigen Gesellschaft. ²⁾

2. Konzerne ohne rechtlich anerkannte Leitungsmacht und Sicherung der Gläubiger

(1) Der Tatbestand der Beherrschung an sich begründet im faktischen Konzern keine Haftungsgemeinschaft. Sie kann hier nur bedingt - durch besondere Umstände -

1) H. Rasch, Deutsches Konzernrecht, 3. Aufl., a. a. O., S. 134 sowie Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 390

2) Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 421

zustande kommen; grundsätzlich bleiben die abhängigen Gesellschaften in haftungsrechtlicher Hinsicht selbständig, und der Konzernaktionär haftet nur beschränkt nach Maßgabe seiner Beteiligung. Dem Gläubigerschutz dienen als Basis die Vorschriften zwingender Vermögensbindung (§§ 57, 58, 60 AktG 1965). Da aber in Konzernzusammenhängen die Gewährleistung der Einhaltung dieser Vermögensbindung durch eine strenge Haftung der Verwaltung nicht genügend gesichert ist, eben weil die Verwaltung selbst vom Einfluß des Mehrheitsaktionärs durchdrungen ist, gewinnen wiederum die Schutzvorschriften der §§ 311 ff. AktG 1965 für das Vermögen der abhängigen Gesellschaft und damit auch der Gläubiger der Gesellschaft an Bedeutung. Der Gläubigerschutz im faktischen Konzern wird damit mit den gleichen Normen bewerkstelligt, die auch dem Schutz der außenstehenden Aktionäre im faktischen Konzern dienen.

Eine Haftungsgemeinschaft kommt nur dann zustande, wenn das herrschende Unternehmen die abhängige Gesellschaft irgendwie (z. B. durch schädigende Einflußnahme auf die Geschäftsführung oder durch schädigende Stimmrechtsausübung) benachteiligt hat, ohne für den Schaden Ersatz geleistet zu haben. Hat z. B. das herrschende Unternehmen den Tochtervorstand ohne Bestehen eines Beherrschungsvertrages zu einem für die Tochtergesellschaft nachteiligen Rechtsgeschäft veranlaßt und geht diese dadurch in Konkurs, so haften das herrschende Unternehmen und seine gesetzlichen Vertreter nach § 317 Abs. 4 in Verbindung mit § 309 Abs. 4 AktG 1965 gegenüber den Gläubigern der Tochtergesellschaft, soweit diese von der abhängigen Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können.

(2) Eine Haftungsgemeinschaft entsteht auch dann, und zwar eine mittelbare, wenn ein abhängiges Unternehmen mit dem Herrschenden einen Betriebspacht- bzw. einen Betriebsüberlassungsvertrag abschließt, bei dem die vereinbarte Gegenleistung das angemessene Entgelt nicht erreicht, namentlich wenn das vereinbarte Entgelt (Pachtzins, Betriebsüberlassungsgebühr) nicht die Erhaltung der Substanz deckt. Dann hat nach § 302 Abs. 2 AktG 1965 das herrschende Unternehmen "jeden während der Vertragsdauer sonst entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen." Die Pflicht zum Verlustausgleich ergänzt die Haftung des herrschenden Unternehmens nach § 317. ¹⁾

1) "Zur Sicherung der Gläubiger genügt neben den allgemeinen Rechten der Gläubiger die Pflicht eines herrschenden Unternehmens zur Verlustübernahme nach § 302 Abs. 2" (Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 379); die Pflicht zur Verlustübernahme nur bei Betriebspacht- und Betriebsüberlassungsverträgen resultiert aus dem ausdrücklichen Nichtigkeitsausschluß bei solchen Verträgen.

3. Kapitel:

Kritische Würdigung der Haftungsregelung im neuen Aktienkonzernrecht unter dem Aspekt der Wirtschaftsverfassung

1. Haftungsprinzip einer Wettbewerbsordnung und seine Bedeutung für das Konzernrecht

(1) Haftung stellt eines der konstituierenden Prinzipien einer Wettbewerbsordnung dar. ¹⁾ Die systemkonstituierende Funktion ist im Zusammenhang mit der Lenkungsmechanik des Wettbewerbs zu sehen. Die Steuerung der Marktwirtschaft erfolgt über Gewinn und Verlust. Dies funktioniert aber nur dann, wenn dafür gesorgt wird, daß der Weg zur Rentabilität nur über eine äquivalente wirtschaftliche Leistung führt, und gleichzeitig Vorsorge dafür getroffen ist, daß Fehlleistungen durch Verluste und notfalls durch Konkurs geahndet werden. "Einkommenserschleichungen (ohne entsprechende Leistung) und ungesühnte Fehlleistungen (durch Abwälzung des Verlustes auf andere Schultern) müssen in gleicher Weise verhindert werden." ²⁾ In einer Wettbewerbsordnung übernimmt diese Aufgabe ein konsequentes Haftungsrecht. Ist die konkrete Ausgestaltung der Haftungsregelung weniger anspruchsvoll als die der Wettbewerbsordnung, so können daraus nicht nur Fehlsteuerungen folgen, sondern - wie wir gesehen haben - ebenso erhebliche konzentrationsfördernde Wirkungen. Umgekehrt sind von der Anwendung des wirtschaftsordnungsgemäßen Haftungsprinzips konzentrationshemmende Effekte zu erwarten. Eucken betont deshalb auch die systemerhaltende Funktion der Haftung. ³⁾ Von daher gesehen können wir auch die Haftungsregelung im neuen Aktienkonzernrecht unter dem Aspekt der Wirtschaftsverfassung kritisch würdigen.

Eucken umschreibt das der Wettbewerbsordnung adäquate Haftungsprinzip folgendermaßen: "Wer für Pläne und Handlungen der Unternehmen (Betriebe) und Haushalte verantwortlich ist, haftet (Haftungsprinzip)" ⁴⁾. Vielfach wird auch davon gesprochen, daß Initiative und Risiko aufs engste zu koppeln sind. ⁵⁾

1) Vgl. W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, a. a. O., S. 279 ff.; W. Röpke, Die Lehre von der Wirtschaft, 10. Aufl., Erlenbach-Zürich-Stuttgart 1965, S. 306

2) W. Röpke, a. a. O., S. 306

3) W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, a. a. O., S. 280

4) ebenda, S. 281

5) R. Reinhardt, Gedanken zum Identitätsproblem, in: H. C. Nipperdey (Hrsg.), Festschrift für H. Lehmann, Bd. II, Berlin-Tübingen-Frankfurt 1956, S. 589

(2) Fragen wir nun, welche Bedeutung das Haftungsprinzip für die rechtliche Erfassung des Konzernphänomens haben sollte, so können wir zunächst ganz allgemein antworten, daß auch im Konzern "jenes Grundprinzip einer freiheitlichen Ordnung zu verwirklichen (ist), das durch die beiden Begriffe: Initiative und Verantwortung gekennzeichnet wird." ¹⁾ Inwieweit Initiative und Haftung bei Eingliederung einer Aktiengesellschaft in einen Konzern auseinanderfallen, soll am Beispiel der auf die leitbildhafte Publikumsaktiengesellschaft abgestimmten Haftungsregelung kurz erläutert werden.

In der rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Aktiengesellschaft ist diese selbst Unternehmerin. Ihrer Initiative entspricht die Haftung ihres Gesellschaftsvermögens gegenüber den Gläubigern. Da die Aktiengesellschaft als juristische Person nur durch Organe tätig werden kann, sind diese in ihrer Initiativentfaltung für das Wohl der Gesellschaft verantwortlich. Der Vorstand wird im Auftrag und im Interesse der Aktiengesellschaft und damit aller Aktionäre tätig, d. h. er haftet nur für unsachgemäße Auftragserfüllung, aber nicht für das Unternehmensrisiko; dieses fällt der eigentlichen Unternehmerin, nämlich der Aktiengesellschaft selbst, zu. "Ausschlaggebend muß sein, daß der Vorstand als Fremdverwalter ein Unternehmen leitet, ohne aber selbst Unternehmer zu sein. Das Unternehmensrisiko trifft deshalb nicht die Verwaltung, sondern die Aktiengesellschaft selbst." ²⁾ Das gesellschaftsinterne Haftungsrecht für die Verwaltung dient gleichzeitig der Sicherung der Gläubiger. Daß der geringen Initiativentfaltungsmöglichkeit des Publikumsaktionärs gesellschaftsintern, d. h. gegenüber seinen Mitaktionären, überhaupt keine und gegenüber den Gläubigern eine auf den Kapitalanteil beschränkte Haftung entspricht, versteht sich von selbst.

Anders liegen die Dinge im Konzern. Auch dieser bedient sich der Aktiengesellschaft als Organisationsform, jedoch zu Zwecken der Beherrschung. Formaljuristisch ist zwar auch hier die Aktiengesellschaft Unternehmerin, aber die eigentliche unternehmerische Initiative entfaltet der Konzernaktionär, der die einheitliche Leitung des Unternehmenszusammenschlusses trägt. Auch hier wird die Verwaltung formal im Interesse der Aktiengesellschaft tätig. Aber was "im Interesse" der Gesellschaft liegt, bestimmt der Konzernaktionär, und dessen Absichten können diametral zu dem eigentlichen Wohl der Gesellschaft stehen. Ein hinreichender Verlaß auf die Funktionsfähigkeit der ansonsten für den Interessenschutz der Aktionäre bestimmten Haftung der Verwaltung ist bei Konzernabhängigkeit nicht

1) R. Reinhardt, Aktienrecht in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung, a. a. O., S. 101, 107 ff.

2) E. J. Mestmäcker, Verwaltung. . . , a. a. O., S. 213

mehr gegeben. Der Vorstand handelt materiell im Auftrag der Majorität. Wo die Verwaltung aber nicht mehr im Interesse ihrer Aktiengesellschaft allein tätig wird, gewinnen die Grenzen der beschränkten Haftung der juristischen Personen erhöhtes Gewicht. ¹⁾

Welche Konsequenzen sind nun aus dem Haftungsprinzip für den Tatbestand der Konzernierung zu ziehen? Weil der Konzernaktionär für die Pläne der abhängigen Gesellschaft verantwortlich ist, hat er auch für die Schulden dieser Gesellschaft zu haften. ²⁾ Eine nur beschränkte Haftung widerspricht dem Ordnungsgrundsatz, daß Initiative und Haftung aufs engste zu koppeln sind. Aus dem Haftungsprinzip heraus ist die Forderung nach Wiederherstellung von rechtlicher und wirtschaftlicher Einheit im Konzern abzuleiten.

Bedeutungsvoll ist aber auch die Anwendung des Haftungsprinzips im konzern- bzw. gesellschaftsinternen Bereich. ³⁾ Der Hauptaktionär unterwirft das gesamte Vermögen der abhängigen Gesellschaft seinen unternehmerischen Interessen und verfügt damit auch über die Vermögensanteile der außenstehenden Aktionäre. Daraus entstehen Gefahren für die Minderheit. Ein besonderes gesellschaftsinternes haftungsrechtliches Problem entstände nur dann nicht, wenn man davon ausgehen könnte, daß die mehrheitliche Beteiligung der Obergesellschaft in keiner Weise die wirtschaftlich selbständige Verhaltensweise des Tochterunternehmens beeinträchtigt, d. h. daß von einer wirtschaftlichen Einheit trotz mehrheitlicher Beteiligung gar nicht die Rede sein kann. Gleichzeitig entfielen damit aufgrund der dann gegebenen ordnungspolitischen Neutralität das besondere wettbewerbliche Problem im Verhältnis zur Fusion. Der Erwerb einer maßgeblichen Beteiligung seitens eines Unternehmens zu Zwecken reiner Kapitalanlage erscheint - von Ausnahmefällen abgesehen - als wenig realistisch. Die Absicht der Beherrschung dürfte vielmehr im Vordergrund stehen. ⁴⁾ Sollte es nahezu unmöglich sein - wie Mestmäcker feststellt ⁵⁾ -, daß bei Konzernierung weder die wirtschaftliche Lage der abhängigen Gesellschaft derjenigen entspricht, die sich ergäbe, wenn sie ein unabhängiges Un-

1) E. J. Mestmäcker, Verwaltung. . . , a. a. O. , S. 366

2) W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, a. a. O. , S. 282 f.; Eucken sah überhaupt im Ausbau der Haftung den Zentralpunkt für den wirtschaftsordnungsgemäßen Umbau des Gesellschaftsrechts.

3) Vgl. hierzu auch B. Großfeld, a. a. O. , S. 213 f.

4) "Im Wirtschaftsleben zeigt sich, daß herrschende Unternehmen ihren Einfluß in aller Regel zur Konzernbildung ausnutzen" (Begründung RegE, a. a. O. , S. 33).

5) E. J. Mestmäcker, Verwaltung. . . , S. 302 ff.; ders. , Probleme der Konzentration. . . , a. a. O. , S. 119

ternehmen betriebe ¹⁾, noch der Beitrag der abhängigen Gesellschaft zum Gesamterfolg des Konzerns betriebswirtschaftlich zuverlässig zu ermitteln ist, so kann das für das gesellschaftsinterne Haftungsrecht, das den Schutz der Vermögensinteressen von allen Beteiligten des Zusammenschlusses bewirken soll, doch nur folgendes bedeuten: In der Konsequenz des Haftungsprinzips liegt es, daß der Konzernaktionär mit der unternehmerischen Verfügung über das gesamte Vermögen der Gesellschaft auch dessen Unternehmensrisiko (Erfolg oder Mißerfolg) übernimmt. Anspruchsbe gründend ist die Tatsache, daß die Majorität als 'Gesellschaft' handeln und somit auch über die in der Gesellschaft gebundenen Vermögensrechte der Minderheit verfügen kann. ²⁾ Welche Wirkungen von einer derartigen Ausdehnung des Haftungsprinzips im Sinne einer Verbesserung des Minderheitenschutzes auf die Konzentration ausgehen, haben wir oben ³⁾ erläutert. Gleichzeitig ist auf die Angemessenheit der Entschädigungsleistungen gegenüber den außenstehenden Aktionären hinzuwirken, was wiederum unter dem Aspekt der Konzentrationshemmung von Bedeutung ist.

(3) Im übrigen läßt sich die Anwendung des Haftungsprinzips auf Konzernverhältnisse noch aus folgender Überlegung heraus motivieren: Nach Stützel resultieren aus der Verbreiterung des Bereichs zentral gesteuerten Vorgehens drei Typen von Vorteilen: ⁴⁾

- Vergrößerung des Spielraums zur Einführung rationeller, aber mit höheren Einzelrisiken belasteter Verfahren,
- Vergrößerungen des Spielraums für absatzpolitische Zusammenarbeit zur Umgehung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung,
- Vergrößerung des Spielraums für Mischkalkulation.

Volkswirtschaftlich allein begrüßenswert ist nur der erste Konzentrationsvorteil. Gerade hierfür ist es aber nötig, daß der Zusammenschluß zur unbedingten Haftungsgemeinschaft ausgedehnt wird. Denn nur dann können die betriebswirtschaftlichen Vorteile der Konzentration, die auch volkswirtschaftlich uneingeschränkt positiv zu beurteilen sind, erreicht werden, weil dem Gesamtkonzern dann die

1) Vgl. auch W. Schubert, Zur Berichtspflicht über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen nach dem neuen Aktienrecht, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, 18. Jg. (1966), S. 165, insb. S. 223 ff.

2) E. J. Mestmäcker, Verwaltung. . . , a. a. O. , S. 356

3) Vgl. Seite 63 ff.

4) W. Stützel, a. a. O. , S. 943 f.

Möglichkeit eröffnet wird, unbedenklich höhere Einzelrisiken zu übernehmen. "Eine auf Weisung beschränkte Zusammenarbeit kann den Weisungsempfängern - wenn überhaupt - nur jene betriebswirtschaftlichen Vorteile bringen, wie sie aus einer Vergrößerung des Bereichs einheitlichen absatz- und einkaufspolitischen Vorgehens und einer Vergrößerung des Spielraums zum vorübergehenden Verzicht auf Kostendeckung bei einzelnen Produkten resultieren, also nur jene Vorteile, die unter wettbewerbspolitischem Aspekt als Ursache einer Vergeudung volkswirtschaftlicher Produktivkräfte zu verurteilen sind." ¹⁾

II. Kritische Würdigung der gesetzlichen Regelung

1. Zur Regelung des gesellschaftsinternen Haftungsrechts in Konzernverhältnissen

(1) Für rechtlich anzuerkennende, umfassende Konzernleitungsmacht - d. h. die Mißachtung des unternehmerischen Eigeninteresses der abhängigen Gesellschaft wird legitimiert - verlangt das neue Gesetz den Abschluß eines Beherrschungsvertrages, der regelmäßig durch einen Gewinnabführungsvertrag ergänzt wird. Mit dem Abschluß eines solchen Organschaftsvertrages übernimmt der Konzern mit dem Unternehmen auch ungeteilt dessen Unternehmensrisiko. Die Konsequenz ist, daß die wirtschaftliche Stellung der außenstehenden Aktionäre nicht mehr vom jeweiligen Ertrag ihrer Gesellschaft bestimmt wird. Das Zugeständnis uneingeschränkter Verfügungsmacht auch über die Anteile der Minderheit führt gesetzlich zu Ausgleichs- bzw. Abfindungsansprüchen gegenüber dem Konzernaktionär. Die neu entstandene Unternehmenseinheit wird damit als wirtschaftliche Fusion behandelt und die Rechte der Beteiligten in Analogie zur Fusion gestaltet. ²⁾

Berücksichtigt man, daß unter der Gültigkeit des alten Aktienrechts umfassende Konzernleitungsmacht auch allein auf der Grundlage maßgeblicher Beteiligung möglich war ³⁾, so stellt das neue Gesetz in der Tat eine Verbesserung des Minderheitenschutzes dar, vorausgesetzt, daß die Schutzvorschriften im faktischen Konzern zureichend wirken. "Man wird anerkennen müssen, daß der Entwurf mit dieser Regelung eine wesentliche Besserstellung der 'außenstehenden Aktionäre'

1) W. Stützel, a. a. O., S. 944

2) E. J. Mestmäcker, Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen. . . , a. a. O., S. 133

3) Ders., Verwaltung. . . , a. a. O., S. 366 ff.

einer konzernbeherrschten Untergesellschaft bringt." ¹⁾ Bei Wirksamkeit des gesellschaftsinternen Haftungsrechts in Konzernen ohne rechtlich anerkannte Leitungsmacht, auf das wir gleich zu sprechen kommen, müßte also eine Tendenz zum Beherrschungsverhältnis ausgelöst werden. Da aber hier eine tendenzielle Angleichung an die Fusion festzustellen ist, würde auch die einseitige Bevorzugung der Konzernierung gegenüber der Fusionierung, die unter dem alten Aktienrecht zu verzeichnen war, im neuen Recht abgemildert. Die Verbesserung des Minderheitenschutzes hätte so auch eine Verteuerung der Konzentration (Entschädigungszahlungen und Abfindungsverpflichtungen) im Gefolge. ²⁾

Von Bedeutung für den Minderheitenschutz ist aber nicht allein der Rechtsanspruch auf Entschädigung bzw. Abfindung, sondern auch deren "Angemessenheit". Auch sie entscheidet über eine vermögensmäßige Benachteiligung bzw. Verbilligung der Konzentration. Das Gesetz will dem durch gewisse vage Orientierungshilfen und durch eine notfalls richterliche Vertragsgestaltung Rechnung tragen. Besonders problematisch dürfte die Festlegung der laufenden Ausgleichszahlungen sein, die in der Form einer nicht an den variablen Ausschüttungssatz der Muttergesellschaft gekoppelten Dividendengarantie auftreten. Das ist immer dann der Fall, wenn es sich bei der Obergesellschaft um eine Nicht-Aktiengesellschaft handelt. Diese Art der Dividendengarantie ist aber auch möglich, wenn das herrschende Unternehmen eine Aktiengesellschaft ist. Abgesehen von der gesetzlichen Verpflichtung, eine Ausgleichszahlung den freien Aktionären zuzusichern, bleibt die Wahl zwischen den Formen der Dividendengarantie im Ermessen des Konzernaktionärs (vgl. § 304 Abs. 2 AktG 1965). Bei der angesprochenen Art der Ausgleichszahlung sollen nicht nur die bisherige Ertragslage, sondern auch die zukünftigen Ertragsaussichten mitberücksichtigt werden. Der Nachweis der Unangemessenheit der zu garantierenden (fixen) Dividende ist nach Dülfer ³⁾ kaum zu erbringen. Auch die notfalls richterliche Entscheidung bietet angesichts der erforderlichen subjektiven Einschätzung der Ertragserwartungen keine große Sicherheit.

Die augenblickliche gesetzliche Regelung der Abfindung (in Aktien oder in bar) kann unter dem Aspekt der vermögensmäßigen Gleichbehandlung aller Aktionäre ebenfalls nicht ganz befriedigen. Für den Aktientausch sollen die Grundsätze zur

1) So H. Rasch (Gewinnabführungs- und Weisungsverträge. . . , a. a. O. , S. 169) zu der Lösung des Referentenentwurfs, die aber im neuen Gesetz teilweise noch verbessert wurde.

2) Vgl. hierzu E. J. Mestmäcker, Probleme der Konzentration. . . , a. a. O. , S. 103 f.

3) E. Dülfer, a. a. O. , S. 212 f.

Anwendung kommen, die auch für die Fusion gelten. Die Barabfindung hat von der Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Beschlußfassung der Hauptversammlung auszugehen. Nach vorherrschender Meinung muß sich die Festsetzung der Abfindungshöhe (in bar oder im Wege des Aktientausches) mangels eines geeigneten Marktpreises (Veräußerungswertes) für das gesamte Unternehmen an der traditionellen Bewertungspraxis bei Feststellung des inneren Wertes einer Aktie, wie sie insbesondere bei Fusionen von Aktiengesellschaften angewandt wird, orientieren. "Praktisch bedeutet das, daß ein stark nach dem Ertragswert orientierter, aber je nach Art des Falles auch durch den Reproduktionswert beeinflusster "Gesamtwert der Unternehmung" zugrunde gelegt wird, von dem ein entsprechender Anteil auf die einzelne Aktie entfällt.

$$\text{Abfindung pro Aktie} = \frac{\text{Gesamtwert}}{\text{Grundkapital}} \times \text{Nennwert der Aktie} \quad 1) "$$

Stützel bemängelt ²⁾ aber solche Ermittlungsverfahren, die aufgrund der Erträge bestimmt werden, weil vielleicht schon die bisherigen Erträge durch verdeckte Gewinnausschüttungen geschmälert oder aufgrund der Abschreibungspolitik zu niedrig ausgewiesen worden seien. Er schlägt deshalb vor - angeregt durch praktische Fälle ³⁾ -, von der objektiven Bewertung durch den Gutachter abzugehen und den Markt als 'Bewerter' einzuschalten, d. h. vom "gemeinen Wert" (Veräußerungswert) auszugehen. Um zu sichern, daß die Abfindungsleistungen nicht erheblich gegenüber dem auf eine Aktie entfallenden Anteil am "gemeinen Wert" des ganzen Unternehmens zurückbleiben, wollte er folgende Ergänzungsbestimmungen in das Gesetz aufnehmen, die noch auf dem Referentenentwurf, und zwar auf § 281 des Entwurfes basieren: ⁴⁾

1) E. Dülfer, a. a. O., S. 214

2) W. Stützel, a. a. O., S. 982; auch E. Dülfer (a. a. O., S. 216) weist darauf hin, "daß die Praxis der Gesamtbewertung die gerechte Abfindung des Aktionärs nicht ohne weiteres gewährleistet, gerecht in dem Sinne, daß er mit Sicherheit eine den verlorenen Vorteilen entsprechende Wertgröße enthalten muß."

3) Als praktischen Fall erwähnt er den Vorgang bei der englischen Getränkefirma Thomas & Evans. Deren Großaktionär (Beecham-Gruppe) hatte aufgrund eines Gutachtens als angemessenen Preis für das Übernahmeangebot 42 sh je Aktie geboten, wurde aber von einem Drittinteressenten (Schweppes) mit 44 sh 9 d überboten, worauf die Beecham-Gruppe ihr Angebot auf 51 sh erhöhte (zitiert von Stützel aus Economist, 16. 8. 1958, 555).

4) W. Stützel, a. a. O., S. 983

"(2) Mit der Bestimmung der Höhe der Barabfindung nach Abs. 1 geht der andere (d. h. das 'herrschende Unternehmen') die Verpflichtung ein, gegen eine um ein Zehntel über dieser Barabfindung liegende Barzahlung jedem außenstehenden Aktionär (besser jedem Dritten, Hinzufügung des Verfassers) Aktien der Gesellschaft bis zum Gesamtbetrag in Höhe von zwei Dritteln des dem Vertragsabschluß nach § 270 Abs. 1 Satz 2 zustimmenden Grundkapitals zu liefern. "

Für den Fall des Aktientausches sollte nach Stützel vorgesehen werden:

"(4) Mit der Bestimmung der Höhe des Umtauschverhältnisses geht der andere die Verpflichtung ein, gegen eine um ein Zehntel höhere Anzahl Aktien der herrschenden Gesellschaft als im Umtauschverhältnis angegeben ist, Aktien der Gesellschaft bis zum Gesamtbetrag in Höhe von zwei Dritteln des dem Vertragsabschluß nach § 270 Abs. 1 Satz 2 zustimmenden Grundkapitals zu liefern ... "

Damit würde tendenziell erreicht, daß die Abfindungszahlung nicht um mehr als 10 % gegenüber dem Betrag zurückbliebe, den aufgrund der Schätzungen der herrschenden Gesellschaft ein anderer Interessent als Kaufpreis für praktisch die gesamte Aktiengesellschaft je Aktie aufzuwenden bereit wäre.

Eine solche Regelung träfe keineswegs durchgängig die Unternehmenskonzentration. Der Spielraum für wirtschaftliche Zusammenschlüsse bliebe trotz vermögensmäßiger Gleichbehandlung erhalten. "Die Chance, die wirklich besten und wirtschaftlichsten Zusammenschlüsse zu erlangen, würde sogar vergrößert, da jene mit dem Primärinteressenten konkurrierenden Unternehmen, für die ein Zusammenschluß mit der abhängigen Gesellschaft noch größere Erträge brächte als der Primärinteressent sich davon erwartet, ihn bei einer Abfindungsregelung der skizzierten Art überbieten und ihm die Majorität abnehmen könnten." ¹⁾

Es ließe sich also durchaus vorstellen, daß mit der Legalisierung des Vorschlages von Stützel auf einigermaßen angemessene Abfindungen hingewirkt werden könnte. Da nun die Ausgleichszahlung in Form der fixierten Dividendengarantie kaum einer befriedigenden Regelung zuzuführen ist und die Abfindungsproblematik weit eher einer Lösung zugänglich ist, wäre es zweckmäßig gewesen, von der Zulässigkeit der Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge abzusehen. ²⁾ Von den Konzernen mit rechtlich anerkannter Leitungsmacht bliebe demnach nur die Eingliederung übrig. Nach Flumes ³⁾ Ansicht besteht kein Bedürfnis für Organschaftsver-

1) W. Stützel, a. a. O., S. 985

2) Ähnlich W. Flume, Die konzernrechtliche Gestaltung im Aktienrecht, a. a. O., S. 69 ff.

3) ebenda, S. 71

träge gegenüber einer Aktiengesellschaft als Herrschaftsperson; es sollte die Eingliederung (auch als unechte Fusion bezeichnet) allein zulässig sein, und zwar analog zur echten Fusion bei einem Mehrheitserfordernis von 75 % der Hauptversammlung und nicht von 95 %, wie es § 320 AktG 1965 für die Eingliederung vorschreibt. Schwierig wird es, wenn die abhängige Aktiengesellschaft von einer Nicht-Aktiengesellschaft beherrscht wird und das Institut der Eingliederung zur Anwendung gebracht werden soll. Nach geltendem Recht ist dies nicht möglich, da nur zwischen Aktiengesellschaften die Eingliederung erfolgen kann. Flume ¹⁾ sieht auch hier keinen grundsätzlichen Anlaß, die Eingliederung einer Aktiengesellschaft in ein Unternehmen anderer Rechtsform zu verbieten. Da hier aber die Abfindung der außenstehenden Aktionäre nicht mit Aktien der Obergesellschaft erfolgen kann, sondern in bar vorzunehmen ist, d. h. die Minderheitsaktionäre effektiv hinausgedrängt werden, möchte Flume den Eingliederungsbeschluß an eine Mehrheit von 90 - 95 % binden. ²⁾ Von der Zulässigkeit eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages hätte man damit auch zwischen einer Aktiengesellschaft und einer Nicht-Aktiengesellschaft absehen können. Ein derartiges rechtliches politisches Vorgehen wäre vom Standpunkt verbesserten Vermögensschutzes der Minderheitsaktionäre der Gesetz gewordenen Regelung jedenfalls vorzuziehen gewesen. Der bestehende wettbewerbliche Unterschied im Hinblick auf die alternative Konzentrationsform der Fusion wäre damit faktisch aufgehoben worden. Man kann sogar bei der Eingliederung als unechter Fusion die Frage aufwerfen, ob es noch gerechtfertigt ist, von Konzernen zu reden. Materiell bleibt bei der Eingliederung eigentlich von der rechtlichen Selbständigkeit nicht viel übrig. Ist man aber erst einmal soweit gekommen, dann taucht die berechtigte Frage auf, warum letzten Endes nicht allein die Fusion zugelassen werden sollte. ³⁾ Es gäbe keine Konzerne mit rechtlich anerkannter Leitungsmacht mehr, sondern nur noch Einheitsgesellschaften.

(2) Es ist nunmehr zu untersuchen, ob die gesellschaftsinterne Haftungsregelung in Konzernen ohne rechtlich anerkannte Leitungsmacht insbesondere im faktischen Konzern, die Durchschlagkraft besitzt, die zum besseren Schutz der Minderheiten notwendig ist. Von ihrer Wirksamkeit wird es weitgehend abhängen, inwieweit das neue Konzernrecht - abgesehen von obiger Kritik an der gesellschaftsin-

1) W. Flume, Die konzernrechtliche Gestaltung im Aktienrecht, a. a. O., S. 70

2) ebenda, S. 72

3) Welche Konsequenzen das für die Vorschriften der Verschmelzung (§§ 339 ff. AktG 1965) haben müßte, kann hier unberücksichtigt bleiben.

ternen Haftungsregelung bei Konzernen mit rechtlich anerkannter Leitungsmacht - insgesamt seine Funktionen erfüllt. ¹⁾

Das herrschende Unternehmen, das beabsichtigt, einen Beherrschungsvertrag mit allen Kautelen abzuschließen, um rechtlich das umfassende Weisungsrecht zugesprochen zu bekommen, könnte auf den Vertragsabschluß verzichten, wenn es sich herausstellen sollte, daß das gleiche Ziel auch ohne Beherrschungsvertrag zu erreichen ist. Dülfer spricht von einer dann möglichen "kalten" Konzernierung, wenn der Zwang für die Muttergesellschaft, den Beherrschungsvertrag anzustreben, stark abgeschwächt ist. ²⁾ Das gleiche würde gelten, wenn - wie wir es auch für vorteilhafter erachten - der Eingliederung oder noch besser der Fusion allein die Funktion übertragen würde, die nach dem augenblicklichen Rechtszustand noch dem Beherrschungsvertrag zufällt.

Das Gesetz versucht den Schutz der Minderheit durch den Schutz der abhängigen Gesellschaft zu verwirklichen. "Die abhängige Gesellschaft soll grundsätzlich so behandelt werden, als ob sie unabhängig wäre." ³⁾ Sondervorschriften bezwecken den Schutz vor gesellschaftsschädlichen Weisungen des herrschenden Unternehmens. Die Beherrschung ist aber grundsätzlich erlaubt, lediglich soll diese an dem Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft ihre Grenzen finden (vgl. § 311 AktG 1965). Trotz dieser Schranken wird aber nach vorherrschender Meinung die faktische Konzernierung, d. h. die Unterstellung unter die einheitliche Leitung ohne Skrupel für möglich gehalten. ⁴⁾ Der Durchsetzung der Anforderung, das abhängige Un-

1) "Erreichen die Vorschriften über den faktischen Konzern ihren Zweck nicht, so verfehlt das neue Konzernrecht insgesamt sein Ziel" (B. Kropff, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, a. a. O., S. 1287).

2) E. Dülfer, a. a. O., S. 219

3) E. J. Mestmäcker, Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen..., a. a. O., S. 133

4) Vgl. Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, 3. Aufl., § 311, Anmerkung 2; ders., Das neue Aktiengesetz, a. a. O., S. 308; P. Möhring, Die gesetzliche Regelung der Unternehmensverbindungen im neuen Aktiengesetz, in: Neue Juristische Wochenschrift, 20. Jg. (1967), S. 1, 8 f.; E. Gessler, Probleme des neuen Konzernrechts, in: Der Betrieb, 18. Jg. (1965), S. 1729 f.; B. Kropff, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, a. a. O., S. 1288; ders., Der faktische Konzern als Rechtsverhältnis, in: Der Betrieb, 20. Jg. (1967), S. 2147, 2204 ff.; H. Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, a. a. O., S. 311; skeptisch allerdings E. J. Mestmäcker, Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen..., a. a. O., S. 139 ff.

ternehmen vor Schadenszufügung zu schützen, dient der sog. Abhängigkeitsbericht. Von seiner Wirksamkeit hängt es ab, wie stark notfalls der Zwang zum Abschluß eines besonders deklarierten Beherrschungsverhältnisses ist. Sieht man die verschiedenen Stellungnahmen an, so sind erhebliche Bedenken gegenüber der Wirksamkeit der genannten Regelung angebracht. ¹⁾ Anscheinend hegt der Gesetzgeber selbst Zweifel an der Durchschlagskraft des Abhängigkeitsberichts. Ansonst dürfte er nicht befürchten, daß die außenstehenden Aktionäre bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages stärker gefährdet sind als bei Bestehen eines solchen. ²⁾

Unabhängig von den erheblichen sachlichen ³⁾ und organisatorischen Schwierigkeiten, vor die sich der Tochtervorstand bei der Aufstellung des Berichtes gestellt sieht, verweist der ehemalige Bundesjustizminister Schäffer auf die unrealistische Erwartung einer neutralen Haltung, die das Gesetz vom Tochtervorstand bei der Abgabe des Angemessenheitsetats erhofft. "Ich möchte den Vorstand einer abhängigen Gesellschaft sehen, der nicht in jedem Fall in seinem Rechenschaftsbericht behauptet, daß die von ihm vorgenommenen Geschäfte zu angemessenen Bedingungen getätigt worden sind. Ich halte meinerseits nichts von einer Selbstbeziehung." ⁴⁾

Entscheidende Bedeutung erlangt somit die Nachprüfungspflicht durch die Abschlussprüfer. Daß die Nachprüfung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung und sonstiger Maßnahmen einfach nicht möglich sei, wurde vielfach hervorgehoben. ⁵⁾ Fischer hält es für "schlechterdings irreal zu meinen, es gäbe für konzern-

1) Der Initiator des Abhängigkeitsberichts (Flume) scheint selbst nicht allzu viel Vertrauen in diese Regelung zu setzen: "... ist der Tatbestand der faktischen Abhängigkeit etwas, was wir auch mit dem Rechenschaftsbericht nicht voll in den Griff bekommen. Und deshalb könnte man daran denken, den Zustand der faktischen Abhängigkeit möglichst zu erschweren" (W. Flume, Diskussionsbeitrag, in: C. H. Barz, C. P. Clausen u. a. (Hrsg.), Das Frankfurter Publizitätsgespräch, Frankfurt/M. 1962, S. 186 f.

2) Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 380 f.

3) Die sachlichen Schwierigkeiten resultieren aus der Fiktion des unabhängigen Unternehmens, die der Gesetzgeber für die Beurteilung der Angemessenheit der Gegenleistung und der Vor- und Nachteile zugrunde legt (vgl. W. Schubert, a. a. O., S. 229).

4) F. Schäffer, Selbstfinanzierung und Konzernrecht, in: Die Aktiengesellschaft, 4. Jg. (1959), S. 63

5) Vgl. H. G. Rautmann, Probleme aus dem Recht der Unternehmensverträge im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, in: H. Hengeler (Hrsg.), Beiträge zur Aktienrechtsreform, Heidelberg 1959, S. 195 f.; H. Rasch, Gewinnabführungs-

fremde Wirtschaftsprüfer überhaupt verlässliche Maßstäbe für die Prüfung der jeweiligen Verhältnisse, über welche der bedauernswerte Konzern-Spezialprüfer dann auch noch unter Berufseid ein schriftliches Testat geben soll!" ¹⁾ Dieses Bedenken glaubte der Gesetzgeber dadurch ausräumen zu können, daß er die Maßstäbe für die Prüfung auflockerte. Gessler meint, es hänge viel, wenn nicht alles, von der Fassung des Angemessenheitstestats ab. ²⁾ Das Gesetz stellt sodann auch klar, daß die Abschlußprüfer die im Bericht des Vorstandes über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen aufgeführten Rechtsgeschäfte und Maßnahmen nicht nach kleinlichen Maßstäben nachzuprüfen haben. Nur wenn die Gesellschaft für die Gegenleistung unangemessen hohe Leistungen erbracht hat, wenn bei den Maßnahmen Umstände für eine wesentlich andere Beurteilung als die durch den Vorstand sprechen, ist der Bestätigungsvermerk einzuschränken oder zu versagen. Die Verantwortlichkeit des Abschlußprüfers würde erleichtert auf Kosten der eigentlichen Aufgabe. Damit ist die Gefahr verbunden, daß das Zugeständnis großzügiger Auslegung der Vorschriften zur Wirkungslosigkeit derselben führt. Überfordert dürfte der Prüfer aber trotzdem noch sein, ³⁾ nicht nur im Sachlichen ⁴⁾, sondern

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 92:

und Weisungsverträge... , a. a. O. , S. 170. Aufschlußreich sind hierfür die bei der Durchführung der Konzentrationsenquete gemachten Erfahrungen: "Dabei zeigt sich, daß es selbst für sachverständige Prüfer außerordentlich schwierig ist, mögliche Benachteiligungen aufzufinden und den Tatbestand soweit zu klären, daß eine Schädigung als erwiesen angesehen werden kann. . ." (Zur Frage der Angemessenheit der Konzernverrechnungspreise) "Für die Beurteilung der Angemessenheit bestehen in der Praxis besondere Beweisschwierigkeiten. Im Rahmen der Enquete konnte hierüber nichts Näheres festgestellt werden" (a. a. O. , S. 67); die Enquete verweist dabei ausdrücklich auf die Schwierigkeiten, vor die sich auch der Abschlußprüfer gestellt sehen wird (a. a. O., S. 69).

- 1) C. E. Fischer, Halbe Maßnahmen im neuen Konzernrecht, in: Die Zeit, Nr. 2 v. 9. 1. 1959, S. 11
- 2) E. Gessler, Der Schutz der abhängigen Gesellschaft, in: B. Samson (Hrsg.), a. a. O. , S. 266
- 3) Der Berufsstand der Wirtschaftsprüfer zeigte aus diesem Grunde keine große Neigung, diese Aufgabe zu übernehmen (vgl. B. Kropff, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, a. a. O., S. 1288); Karoli führt aus, daß hier eine Überforderung des Abschlußprüfers vom Gesetz her nicht ausgeschlossen sei und kommt unter Hinweis auf eine Stellungnahme des Instituts der Wirtschaftsprüfer zu dem Schluß, "daß vom Abschlußprüfer weder die Angemessenheit der Leistung noch der Vorteilsausgleich zuverlässig beurteilt werden könne" (R. Karoli, Die Stellung des Abschlußprüfers nach dem künftigen Aktienrecht, in: Die Wirtschaftsprüfung, 17. Jg. (1964), S. 396).
- 4) "Die strenge berufsrechtliche Haftpflicht wird angesichts einer so unklaren Ma-

gerade auch durch seine nicht genügende Unabhängigkeit. Kropff weist darauf hin, daß diese Prüfung den Abschlußprüfer in besonderem Maße in eine Frontstellung gegen die Verwaltung bringen kann und an seine Unabhängigkeit große Anforderungen stellt.¹⁾ Berücksichtigt man die erheblichen Bedenken gegen die Zuverlässigkeit der Abschlußprüfung in diesem Punkte, so muß auch die Wirksamkeit des Abhängigkeitsberichtes als Schutz vor gesellschaftsschädlichen Weisungen der Obergesellschaft infrage gestellt werden. Damit wird aber der Zwang stark abgeschwächt, einen Beherrschungsvertrag abzuschließen, von dem nicht nur der Gesetzgeber eine allein wirksame Sicherung der außenstehenden Aktionäre erwartet, sondern auch die Studienkommission des Deutschen Juristentages:

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 93:

terie, die Gefahr einer stark formal-rechtlichen Betrachtung im Gefolge haben" (E. Dülfer, a. a. O., S. 218); - Nach Albach läßt sich die Angemessenheitsüberprüfung nur dann durchführen, wenn Vergleichskriterien (z. B. Konkurrenzmarktpreise) herangezogen werden können (direkte Methode). Dagegen versagt seiner Ansicht nach die Prüfung, wenn - wie in vielen Fällen - es überhaupt keinen Markt gibt (z. B. bei Halbfertigerzeugnissen). Hier hilft dann nur die von ihm bezeichnete indirekte Methode weiter. Albach kommt zu dem Ergebnis, "daß die für die Prüfung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung in § 312 AktG vorgesehene direkte Methode im allgemeinen nur eine Bandbreite von angemessenen Gegenleistungen liefert und in vielen Fällen überhaupt unoperational ist. Wenn § 312 AktG nicht eine reine Papiervorschrift sein soll, muß eine andere Methode entwickelt werden, die die direkte Methode ergänzt. Diese Methode nenne ich die indirekte Methode" (H. Albach, Die Rechtsverhältnisse verbundener Unternehmen, in: Neue Betriebswirtschaft, 19. Jg. (1966), S. 205). Die indirekte Methode basiert darauf, Vor- und Nachteile durch eine Gesamtbetrachtung zu ermitteln, wobei er die Ertragswerte einer Periode mit bzw. ohne Berücksichtigung von Leistung und Gegenleistung miteinander vergleicht. Nach Mestmäcker ist aber Wortlaut und Zweck des Gesetzes mit dem Albachschen Vorschlag unvereinbar (Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen... , a. a. O., S. 144).

- 1) B. Kropff, Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, a. a. O., S. 1289; H. Rasch (Richtige und falsche Wege der Aktienrechtsreform, Karlsruhe 1960, S. 46) meint zu dem Auftrag des Prüfers - der mit den Stimmen des Großaktionärs gewählt ist und auf Wiederwahl hofft -, zu untersuchen, ob sein Auftraggeber seine Machtposition nicht in unangemessener Weise ausgenützt habe: "Er wäre... ein Heiliger, wenn er hierbei nicht selbst in Versuchung geriete".

"Eine Verstärkung des Schutzes der nicht am Konzerninteresse beteiligten, in diesem Sinne konzernfreien Anteilseigner ist nach Ansicht des Ausschusses nur insoweit praktisch möglich, als die Leitungsbefugnisse der Konzernspitze auf einem Vertrag mit der Gliedgesellschaft beruhen." ¹⁾

Versagen aber die Vorschriften über den Abhängigkeitsbericht, so können auch die Vorschriften über die "anderen" Unternehmensverträge in kritischen Fällen nicht wirken. Diese Gefahr ist um so bedeutsamer, als - wie Flume sagt - "diese 'anderen' Unternehmensverträge die gegebene Umgehungsmöglichkeit der Bestimmung des Entwurfs darstellen, daß Beherrschungsverträge nur abgeschlossen werden können bei Aufnahme der Aktionäre der abhängigen Gesellschaft in die herrschende Gesellschaft." ²⁾ Mestmäcker will in solchen Fällen, in denen ein Betriebspacht- oder Betriebsüberlassungsvertrag materiell ein Beherrschungsvertrag ist, auch dessen Rechtsfolgen zur Anwendung bringen. ³⁾ Noch wirksamer wäre allerdings Flumes Vorschlag, einem Großaktionär überhaupt den Abschluß solcher Verträge zu untersagen. ⁴⁾

Bei der abschließenden kritischen Würdigung der gesellschaftsinternen Haftungsregelung in Konzernen ohne rechtlich anerkannte Leitungsmacht ist nun von folgenden Tatbeständen auszugehen: Einheitliche Grundlage für den Vollzug der Konzernierung ist regelmäßig eine maßgebliche Beteiligung der herrschenden Gesellschaft an dem oder den abhängigen Unternehmen. ⁵⁾ In aller Regel nützen herr-

1) K. Ballerstedt, Unternehmen von besonderer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung, a. a. O., S. 51; Ballerstedt bekräftigt diese Ansicht nochmals in "Gesellschaftsrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration", in: H. Arndt (Hrsg.), Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. II, a. a. O., S. 900: "Gegen die faktische Konzentration der Weisungsmacht bei der herrschenden Gesellschaft ist das Gesetz, wenn es nicht eine Art aktienrechtspolizeiliche Aufsicht errichten will, machtlos". Zu den Umgehungsmöglichkeiten des Abhängigkeitsberichts vgl. M. Kruk, a. a. O., S. 17

2) W. Flume, Die konzernrechtliche Gestaltung im Aktienrecht, a. a. O., S. 72 f.

3) E. J. Mestmäcker, Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen... a. a. O., S. 150

4) W. Flume, Die konzernrechtliche Gestaltung im Aktienrecht, a. a. O., S. 73; ab einer 25 %igen Beteiligung des Großaktionärs sollte nach Flumes Vorschlag dieses Verbot gelten.

5) Der Sachverhalt der Konzernierung "ist in seiner wirtschaftlichen Eigenart unabhängig von der Rechtsform der Konzernierung" (E. J. Mestmäcker, Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen..., a. a. O., S. 146).

schende Unternehmen ihren Einfluß zur Konzernbildung aus. Die Fiktion wirtschaftlicher Selbständigkeit des abhängigen Unternehmens kann als Orientierungsmaßstab für die Zulässigkeit des Grades der Einflußnahme der herrschenden Gesellschaft nicht angewendet werden. Sie kollidiert unter Umständen mit den Interessen des Konzerns, der die mehrheitliche Beteiligung speziell unter dem Aspekt seiner Interessenverfolgung erworben hat. Von der praktischen Unvollziehbarkeit wirtschaftlicher Selbständigkeit konzernabhängiger Unternehmen her gesehen, ist die Konzeption der gesellschaftsinternen Haftungsregelung unter Wettbewerbsgesichtspunkten deswegen ohnehin schon skeptisch zu betrachten. Konfliktsfälle zwischen Konzerninteressen und Eigeninteressen des abhängigen Unternehmens, die bei gegebener Beherrschungsmöglichkeit durch den Konzernaktionär sich zu Lasten der abhängigen Gesellschaft und damit gerade der außenstehenden Aktionäre auswirken würden, soll die Institution des Abhängigkeitsberichtes vermeiden helfen. Gerade gegen dessen Wirksamkeit bestehen aber erhebliche Bedenken. ¹⁾ Mit den Zweifeln an der Durchschlagskraft des Abhängigkeitsberichtes sind die Bedenken verbunden, daß es unter den gebotenen Umständen in zuverlässiger Weise in den Fällen nicht zum Abschluß eines Beherrschungsvertrages kommt, in denen es eigentlich vom Gesetz her vorgesehen ist. In dem Umfang, in dem diese Situationen eintreten, bleibt es auf jeden Fall bei dem Verstoß gegen das gesellschaftsinterne Haftungsprinzip mit der Konsequenz mangelnden Schutzes vor vermögensmäßiger Ungleichbehandlung ²⁾ sowie der sich daran anschließenden konzentrationsfördernden Wirkung. Die gebotene Notwendigkeit zur Gleichbehandlung von Fusion und Konzernierung wird somit nicht erreicht.

Man muß sich angesichts der Schwierigkeiten bei der Feststellung eines evtl. gesellschaftsschädigenden Verhaltens seitens des Konzernaktionärs fragen, ob sich in Konzernen ohne rechtlich anerkannte Leitungsmacht überhaupt ein zuverlässiger Schutz der außenstehenden Aktionäre realisieren läßt. Dies ist stark zu bezweifeln. Wenn mit der vermögensmäßigen Gleichbehandlung aller Aktionäre Ernst gemacht werden soll, dann darf es keine derartigen Konzerne mehr geben. Gleich-

-
- 1) Das Verbot der Leitungsmacht ohne Vertragsabschluß erscheint unwirksam, da eine Schädigung der Gesellschaft kaum nachweisbar ist" (E. Dülfer, a. a. O., S. 219); vgl. auch B. Großfeld, a. a. O., S. 218 f.
 - 2) "Ich glaube nicht, daß diese Vorschriften dem freien, außenstehenden Aktionär einen nennenswerten Schutz bieten können. . . Von dem Abhängigkeitsbericht und seiner Prüfung. . . verspreche ich mir nur sehr wenig, und ich halte auch die Personen, die den Abhängigkeitsbericht und den Prüfungsbericht erstatten sollen, für überfordert" (H. J. Koppenberg, Diskussionsbeitrag, in: Carl H. Barz, Carsten P. Claussen u. a. (Hrsg.) a. a. O., S. 190).

zeitig würde damit die unter Wettbewerbsgesichtspunkten bedenkliche Bevorzugung der Konzernierung gegenüber der Fusion hinfällig. Konzerne ohne rechtlich anerkannte Leitungsmacht entstehen durch die Beherrschungsmöglichkeit aufgrund maßgeblicher Beteiligung des Konzernaktionärs an der abhängigen Gesellschaft. Ein Verbot dieser Konzernierung hätte also an der Beherrschungsgrundlage anzusetzen. Einen ganz wesentlichen Beitrag hierzu würde die als notwendig erachtete Revision der Stimmrechtsregelung für juristische Personen als Teilhaber anderer juristischer Personen leisten. Es blieben dann aber immer noch die Fälle, bei denen Nicht-Kapitalgesellschaften als maßgebliche Mehrheitsaktionäre auftreten. Insofern wäre auch an die Möglichkeit einer quantitativen Begrenzung des Beteiligungsumfangs zu denken. Das Problem der vermögensmäßigen Gleichbehandlung aller Aktionäre könnte auf diese Weise einer endgültigen Lösung zugeführt werden. Gleichzeitig brächte ein derartiges konzernrechtspolitisches Vorgehen konzentrationshemmende Wirkungen. ¹⁾

2. Zur Regelung der Haftung gegenüber den Gläubigern

(1) Bei den Konzernen mit rechtlich anerkannter Leitungsmacht ist aus der Sicht der Gläubiger der Untergesellschaften weitgehend eine Haftungseinheit gebildet worden. Am eindeutigsten tritt dies bei der Eingliederung hervor. Hier haftet die Hauptgesellschaft vom Zeitpunkt der Eingliederung an für die Verbindlichkeiten der eingegliederten Aktiengesellschaft als Gesamtschuldner mit. Wenn bei der Eingliederung auch die Rechtspersönlichkeit der eingegliederten Gesellschaft beibehalten wird, so kann - materiell gesehen - trotzdem von der Identität von rechtlicher und wirtschaftlicher Einheit gesprochen werden.

Bei den Organschaftsverhältnissen haftet die Obergesellschaft durch die gesetzliche Verpflichtung zur Verlustübernahme, in die die Gläubiger vollstrecken können, mittelbar für die Schulden der Tochtergesellschaft. Eine vollständige Neuerung ist diese Bestimmung aber nicht, denn in den wichtigsten von ihr geregelten Fällen wurde bereits bisher eine Pflicht zur Verlustübernahme aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen hergeleitet und im allgemeinen auch vertraglich vereinbart. ²⁾ Das Risiko der Gläubiger der beherrschten Gesellschaft ist damit aber immer noch nicht in dem Maße abgedeckt, wie es etwa bei fusionierten Gesellschaften der Fall wäre. Insolvenz der Organgesellschaft kann durchaus auch bei bilanzmäßiger Ausgeglichenheit oder bei positivem Betriebsergebnis durch Illiquidität eintreten.

1) Vgl. auch EWG-Denkschrift, Das Problem der Unternehmenskonzentration im Gemeinsamen Markt, a. a. O., S. 335

2) Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 390

Es besteht in diesem Fall gar kein Verlustübernahmeanspruch, in den die Gläubiger vollstrecken könnten. Andererseits ist aber nur das beherrschte Unternehmen Vertragspartner der Gläubiger dieser Gesellschaft. Es wäre mithin zumindest notwendig gewesen, bei Bestehen eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages noch die Stammerung einer subsidiären Haftung der Obergesellschaft vorzusehen, ¹⁾ um der wirtschaftlichen Einheit auch rechtlich mehr Ausdruck zu verleihen. Unter Berücksichtigung unserer Kritik an der Zulässigkeit von Organschaftsverhältnissen und der vorgeschlagenen Ersetzung durch die Eingliederung oder noch besser durch die Fusion würde sich das Problem der Anpassung von rechtlicher und wirtschaftlicher Einheit allerdings von selbst lösen.

(3) Die Regelung der Haftung in Konzernen ohne rechtlich anerkannte Leitungsmacht gegenüber den Gläubigern der abhängigen Gesellschaft ist nur angesichts des konzeptionellen Vorgehens in der rechtlichen Erfassung der verschiedenen Konzernverhältnisse zu verstehen. Die aufgrund faktischer Beherrschungsmacht vollzogene Konzernierung wird als solche rechtlich nicht anerkannt, und die Gesellschaft wird auch im Hinblick auf die Haftung gegenüber den Gläubigern so behandelt, als wäre sie selbständig. Die Konzeption des neuen Gesetzes, die Gläubigerinteressen durch Erhaltung des Mechanismus, den das Aktienrecht in der wirtschaftlich selbständigen Aktiengesellschaft zum Schutz der Gläubiger vorsieht, zu gewährleisten, stellt einen Verstoß gegen das von Eucken für eine marktwirtschaftliche Ordnung als konstituierend angesehene Haftungsprinzip dar. Trotz faktische Beherrschungsmöglichkeit haftet das herrschende Unternehmen auch weiterhin nur beschränkt, d. h. nach Maßgabe der Beteiligungsquote, für die Schulden des Tochterunternehmens. Die vorliegende wirtschaftliche Einheit wird rechtlich also weitgehend mißachtet. Besonders kritisch ist unter diesem Aspekt die Möglichkeit zu sehen, daß das herrschende Unternehmen sich dadurch von der Haftung befreien kann, daß es den Entlastungsbeweis nach § 317 Abs. 2 führt. Nach dieser Vorschrift entfällt die Schadensersatzpflicht bei Weisungserteilung, die sich später nachteilig auswirken kann, wenn die Maßnahme auch ein "ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter einer unabhängigen Gesellschaft vorgenommen hätte." ²⁾ Hier wird klargestellt, daß das Verhalten des herrschenden Unternehmens nicht allein

¹⁾ So H. Jarmann, a. a. O., S. 98, 101; vgl. auch H. Rasch, Gewinnabführungs- und Weisungsverträge, a. a. O., S. 169; K. Duden, Zum Referentenentwurf eines neuen Aktiengesetzes, in: Der Betriebs-Berater, 13. Jg. (1958), S. 1102

²⁾ Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes sah hingegen eine scharfe Haftung für jeden aus einer Weisung resultierenden Schaden vor (Erfolgshaftung nach § 284 des Entwurfs).

nach seinen Ergebnissen beurteilt werden soll; vielmehr hat das herrschende Unternehmen grundsätzlich dasselbe Recht auf Irrtum in unternehmerischen Ermessensentscheidungen wie die Organe der Aktiengesellschaft im allgemeinen.¹⁾ Gerade diese Interpretation Mestmäckers läßt den Konflikt mit dem Haftungsprinzip besonders klar hervortreten. Dem Konzernaktionär ist es erlaubt, unternehmerisch zu entscheiden, ohne dafür das gesamte Risiko übernehmen zu müssen. Schädigt er die Gesellschaft nicht, so bleibt immer noch der Konflikt mit dem Haftungsprinzip gegenüber den Gläubigern. Zwar liegt die Bindung des Konzerns an das Eigeninteresse der abhängigen Aktiengesellschaft auch im Interesse der Gläubiger, aber im Konkursfall, der unter Umständen auf eine - an sich wohlgemeinte - Weisung zurückgeht, haftet er nur beschränkt. Ausgehend von der Anerkennung faktischer Konzernverhältnisse hätte zumindest eine subsidiäre Haftung des herrschenden Unternehmens im faktischen Konzern für die Schulden der Tochter vorgesehen werden müssen. Das gilt auch für die Situationen, in denen zur faktischen Abhängigkeit aufgrund einer maßgeblichen Beteiligung ein sog. "anderer" Unternehmensvertrag hinzutritt.³⁾ Der faktisch geschaffenen wirtschaftlichen Einheit entspräche dann weitgehend auch die rechtliche Einheit. Dies fordert u. a. Flume: "Man soll dagegen nicht einwenden, daß mit der subsidiären Haftung des herrschenden Unternehmens der Status der selbständigen Rechtspersönlichkeit des abhängigen Unternehmens aufgegeben oder eingeschränkt werde. Im Konzern ist das abhängige Unternehmen eben nicht selbständig, und deshalb darf man es für den Konzern nicht bei einer Normierung bewenden lassen, deren Leitbild die abhängige juristische Person ist. . . Durch die allgemeine subsidiäre Schuldenhaftung des herrschenden Unternehmens erfährt der Konzernatbestand eine sachgemäße Rechtsfolge." ⁴⁾ Im übrigen sieht auch der Entwurf einer "Euro-

1) E. J. Mestmäcker, Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen. . . , a. a. O. , S. 141

2) Sie dient dem System der Vermögensbindung.

3) Nur für den Fall, daß bei einem Betriebspacht- bzw. Betriebsüberlassungsvertrag "die vereinbarte Gegenleistung das angemessene Entgelt nicht erreicht" (§ 302 Abs. 2 AktG 1965), hat das herrschende Unternehmen während der Vertragsdauer einen entstehenden Jahresfehlbetrag auszugleichen.

4) W. Flume, Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Düsseldorf 1958, S. 25; C. E. Fischer, Halbe Maßnahmen im neuen Konzernrecht, a. a. O. , S. 11 ff.; ders., Die Reform des Aktiengesetzes, a. a. O. , S. 241; vgl. auch R. Müller-Erzbach, Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948, insbes. das Kap. 14 "Herrschaft und Haftung"

päischen Aktiengesellschaft" innerhalb der EWG für den Gläubigerschutz vor, daß die herrschende Gesellschaft eines Konzerns gesamtschuldnerisch für alle Verbindlichkeiten der Konzernglieder haftet. ¹⁾

Soweit aber der Gesetzgeber seine positive Haltung gegenüber den Konzernen ohne rechtlich anerkannte Leitungsmacht revidieren sollte - wie wir es aus Gründen des Aktionärsschutzes und aus Wettbewerbsgesichtspunkten heraus für notwendig erachten -, entfielen das Bedürfnis nach einer Haftungsregelung, die über diejenige hinausgeht, die in der rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Aktiengesellschaft zur Anwendung kommt.

¹⁾ E. v. Caemmerer, Europäische Aktiengesellschaft, in: K. H. Biedenkopf, H. Coing, E. J. Mestmäcker (Hrsg.), a. a. O., S. 202

TEIL C

AKTIENRECHTLICHE PUBLIZITÄT UND KONZENTRATION

" Unter Vorschriften über die Publizität versteht man diejenigen Normen, die einem Unternehmen vorschreiben, bestimmte Tatsachen durch Handelsregistereintragung und ihre Veröffentlichung, durch Bekanntmachung oder durch Auskunftserteilung der Öffentlichkeit zugänglich zu machen." ¹⁾ Sehen wir von der Registerpublizität einmal ab, dann geht es bei der aktienrechtlichen Publizität "um Öffentlichkeit der Rechnungslegung im weitesten Sinn, um die Vorschriften über den Jahresabschluß und den Geschäftsbericht, um Prüfung und Bekanntmachung, schließlich um die persönliche Auskunft vor dem Forum der Hauptversammlung." ²⁾

Auch dieser Teil der Arbeit ist in drei Kapitel gegliedert. Im 1. Kapitel wird kurz die Bedeutung der Regelung der Publizitätsbestimmungen des Aktienrechtes von 1937 für den Prozeß der Konzentration untersucht. Das 2. Kapitel bringt sodann eine Darstellung der neuen Regelung der Offenlegungspflichten des Aktiengesetzes von 1965 unter dem Aspekt der Konzentrationsproblematik. Schließlich soll die Neuregelung im letzten Kapitel hinsichtlich eines wirtschaftspolitischen Einsatzes der Publizitätspflicht zum Zwecke gesamtwirtschaftlicher Kontrolle von Großunternehmen kritisch gewürdigt werden.

1. Kapitel:

Publizitätsvorschriften im Aktienrecht vor 1965 unter dem Aspekt der Konzentrationsbegünstigung

1. Die Begünstigung der Konzentration durch die geringe Ertragspublizität

(1) Geringe Ertragspublizität durch die Zulässigkeit der übertriebenen Gewinnverschleierung bedeutet zunächst eine Begünstigung der Gewinnthesaurierungsmöglichkeit seitens der Verwaltung. Die aus der Förderung der Selbstfinanzierung resultierenden Konzentrationswirkungen haben wir oben bereits angesprochen. ³⁾ Hier interessiert nun, inwieweit gerade aus der Möglichkeit der stillen Reser-

1) E. v. Caemmerer, Publizitätsinteressen der Öffentlichkeit und Gesellschaftsrecht, in: C. H. Barz, C. P. Claussen u. a. (Hrsg.), a. a. O., S. 141

2) J. Kraske, a. a. O., S. 18

3) Vgl. Teil A, S. 20 ff.

velegung, die vornehmlich die großen Aktiengesellschaften mit einer Vielzahl einflußloser Aktionäre begünstigte, eine besonders konzentrationsfördernde Wirkung folgte.

Die bewußte Bildung von stillen Rücklagen wurde dadurch ermöglicht, daß die eminenten Bewertungsspielraum offen lassenden §§ 131 - 133 AktG 1937 als Spezialnormen der generellen Norm des § 129 ("Der Jahresabschluß... ist so klar und übersichtlich aufzustellen, daß er einen möglichst sicheren Einblick in die Lage der Gesellschaft gewährt") vorgingen. ¹⁾ § 133 AktG 1937 enthielt nur in einseitiger Weise Höchstwerte für den Ansatz des Anlagevermögens (Anschaffungs- oder Herstellungskosten) und des Umlaufvermögens (Niederstwertprinzip). Betriebswirtschaftlich überhöhte Abschreibungen, die Bildung willkürlicher stiller Reserven im Umlaufvermögen (Vorräte, Forderungen) sowie die übertriebene Passivierung verschiedenartiger Wertberichtigungen, Rückstellungen waren gesetzlich zulässig. ²⁾

(2) Dem Umstand der Heimlichkeit schreibt Lenel ³⁾ insofern einen besonderen Einfluß zu, als die Legung stiller Reserven gegenüber den Aktionären eine ungefragte und - solange sie nicht offengelegt werden - nicht rechenschaftspflichtige Mittelverwendung erlaubt. Der Konzentrationsvorgang kann unbemerkt vor sich gehen, und die Rentabilität des Vorhabens muß keinem Außenstehenden nachgewiesen werden. In der Denkschrift der ASU wurde gerade die mangelnde Kontrollierbarkeit der Expansion als konzentrationsfördernd angesehen. "Das geltende Aktienrecht (1937, der Verfasser) fördert die Konzentration dadurch, daß mangels ausreichender Publizitätsvorschriften das Unternehmen sich kaum kontrollierbar ausdehnen oder durch Erwerb von Beteiligungen mit anderen Unternehmen verflechten kann." ⁴⁾

(3) Eine gewisse Begünstigung der geringen Ertragspublizität für den Konzentrationsprozeß kann auch aufgrund folgenden Umstandes gesehen werden: Es muß als zweifelhaft angesehen werden, ob die der Öffentlichkeit nicht bekannten stillen Gewinnthesaurierungen (Erhöhungen der stillen Reserven) bei der Kursbildung eine angemessene Berücksichtigung finden. ⁵⁾ Der Aktienkurs könne sich nur aufgrund der erkennbaren Rentabilität und des erkennbaren Vermögens der Aktienge-

1) W. Stützel, a. a. O., S. 955

2) H. Rasch, Gutachten, a. a. O., S. 24

3) H. O. Lenel, Ursachen der Konzentration, a. a. O., S. 146

4) Denkschrift der ASU, a. a. O., S. 30

5) H. Lipfert, Gefahren der Konzentration für den Streubesitz, in: H. Arndt (Hrsg.)

sellschaft bilden, sei also dementsprechend oft zu gering im Verhältnis zu der tatsächlich vorhandenen Ertragskraft bzw. dem vorhandenen Gesellschaftsvermögen.

Gleichzeitig bedeutet die Möglichkeit hoher stiller Gewinnthesaurierung in der Hand der Verwaltung, die vielleicht schon unter dem Einfluß des potentiellen Mehrheitsaktionärs steht, ein Mittel, auf die Bereitwilligkeit der Streubesitzer zum Verkauf der Aktien bei relativ niedrigem Kursstand einzuwirken. Je stärker über das übliche Maß hinaus auf stille Weise Gewinne zurückbehalten und relativ niedrige Dividenden ausgeschüttet werden, desto eher sind Kleinaktionäre bereit, sich zu einem relativ niedrigen Kurs von der Aktie zu trennen. Besitzt der werdende Paketaktionär schon eine Minderheitsbeteiligung bei sonst durchgängigem Streubesitz, so daß er bereits einen Einfluß auf die Bilanzpolitik hat, oder aber der Verwaltung der heimlich aufzukaufenden Aktiengesellschaft an dem Zusammenschluß selbst gelegen ist, dann kann über eine solche Politik auf relativ billige Weise eine Mehrheitsbeteiligung erworben werden. ¹⁾

Für den Konzentrationsprozeß insgesamt bedeutete dies, daß die Kosten der Durchführung geringer waren, als es bei größerer Publizität der Fall gewesen wäre. Je geringer die Publizität ist, desto größer ist die Hoffnung, ein Unternehmen unter seinem Wert zu erwerben. ²⁾ "Der potentielle Paketbesitzer wird... unter den in Frage kommenden Aktiengesellschaften diejenige auswählen, deren Aktien im Vergleich zum tatsächlich vorhandenen Vermögen und zur tatsächlichen Rentabilität am niedrigsten bewertet sind. Das ist in der Regel bei denjenigen Aktiengesellschaften der Fall, die die stärkste Gewinnthesaurierungspolitik betrieben ha-

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 102:

Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. III., a. a. O., S. 1675; vgl. auch K. Hax, Wesen und wirtschaftliche Bedeutung der stillen Reserven, a. a. O., S. 106

- 1) Stützel bezeichnet diesen Prozeß als Aktienbesitzkonzentration durch understate-ment policy (vgl. W. Stützel, a. a. O., S. 952 ff.); Schmalenbach stellt hierzu fest: "Die Fälle, in denen den Aktionären auf diese Weise ihre Aktien aus der Hand gewunden wurden, sind sehr zahlreich" (E. Schmalenbach, Die Aktiengesellschaft, 7. Aufl., Köln-Opladen 1950, S. 144).
- 2) "Ein Aktienrecht, das - wie das bisherige deutsche - solche Manipulationen mehr oder weniger weitgehend zuläßt, wirkt schon deshalb konzentrationsfördernd" (H. O. Lenel, Ursachen der Konzentration, a. a. O., S. 147); Lipfert meint sogar, daß nicht selten Käufe mit dem Ziel der Erlangung der Majorität allein unter dem Aspekt durchgeführt worden sind, 'das stille Vermögen' und die 'stille Rentabilität' in die Hand zu bekommen (H. Lipfert, a. a. O., S. 1681).

ben. " 1)

Lipfert weist zusätzlich darauf hin, daß diese Gefahren besonders für mittlere und kleinere Aktiengesellschaften gegeben sind, weil der werdende Paketbesitzer aufgrund niedriger Kurse und eines vergleichsweise kleinen Grundkapitals mit relativ geringen Mitteln die Majorität und damit auch den Konzentrationszweck erlangen kann. 2) Daß die niedrigen Kurse, u. a. auch hervorgerufen durch mangelnde Publizität, für die Konzentration nicht von unerheblicher Bedeutung waren, berichtet die Konzentrationsenquete: "Die niedrigen Kurse ermöglichten den Aufbau von Schachtelbeteiligungen und Kapitalmehrheiten mit wenig Kapital an einer nicht geringen Zahl von Aktiengesellschaften. " 3)

II. Die Bedeutung mangelnder Berichterstattungspflicht im Aktienrecht von 1937 für die Expansion der Großunternehmen

(1) Eine mangelhafte Publizität als solche erleichtert insofern die Expansionspolitik der Großunternehmen, als diese ihre tatsächliche Größe und ihren Einflußbereich gegenüber der Öffentlichkeit im Unklaren lassen können. Kraske meint, daß eine unverschleierte Darstellung der Größe und Macht einzelner wirtschaftlicher Unternehmen diese dem moralischen Druck der Öffentlichkeit aussetzen und dadurch an einer weiteren Expansion und Einflußsteigerung hätte hindern können. 4) "... man verschleiert im übrigen die Konturen, gleichsam als könne sich sonst darauf die Machtstrategie der Konkurrenten und die Machtstrategie politischer Ge-

1) H. Lipfert, a. a. O., S. 1681; dabei ist es möglich, daß der potentielle Paketbesitzer die Information über die Gesellschaft von deren Verwaltung selbst erhalten oder sich aufgrund einer sorgfältigen Bilanzanalyse beschafft hat (ebenda, S. 1678).

2) ebenda, S. 1679

3) Konzentrationsenquete, a. a. O., S. 26

4) J. Kraske, a. a. O., S. 121; so berichtet z. B. H. Pastuszek (Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspublizistik, insbesondere Bankenpublizistik, Köln-Opladen 1959 S. 120 f.), daß in den USA in dem seit Jahrzehnten geführten Kampf gegen tatsächliche oder vermeintliche Monopole, gegen die Konzentration wirtschaftlicher Macht schlechthin und die Ausschaltung des freien Wettbewerbs, die Mehrzahl der betreffenden Unternehmen nicht so sehr die Anti-Trust-Gesetze und die Urteile des Supreme Court als vielmehr die öffentliche Meinung zu fürchten gehabt habe.

walten einstellen. Man befürchtet, als Machtfaktor im gesellschaftlichen Gefüge angesehen zu werden, gegen den sich nur allzu leicht politische Angriffe richten. Diese führen das Prädikat 'Sozialisierungsreife'. " 1)

Damit es aber frühzeitig zu jener Reaktion der öffentlichen Meinung hätte kommen können, auf die nach Käfer ²⁾ jede in den Märkten stehende Unternehmung achten müsse, wäre natürlich eine eingehendere und wahrheitsgetreuere Unter- richtung durch die großen Gesellschaften notwendig gewesen. Denn erst dann hät- te die Öffentlichkeit (Behörden, Presse, Fachwissenschaft) Gelegenheit erhalten, "die Entwicklung der großen Unternehmungen unter allgemeinen wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beobachten und frühzeitig zu warnen, wenn Gefahren für die Gesamtwirtschaft drohen. " 3)

(2) Durch die mangelhafte Offenlegungspflicht fehlte es an Kenntnissen über Grö- ßen, die für die tatsächliche Höhe und die Veränderung von gewissen Konzentra- tionserscheinungen kennzeichnend sind. Nach Illetschko ⁴⁾ ist die allgemein-in- teressierte Öffentlichkeit insbesondere an Angaben über Größe, Umfang und Markt- anteil interessiert und drängte deshalb nach Umsatzzahlen, weil diese hierfür sig- nifikant sind. Diese waren aus der bis 1959 auf dem sog. Nettoprinzip ⁵⁾ aufbau- enden Gewinn- und Verlustrechnung nicht - abgesehen von der freiwilligen Liefe- rung - zu entnehmen. Damit blieben wichtige Größen für die Messung der Unter- nehmenskonzentration verborgen, nämlich der Marktanteil ebenso wie ein ande- res wichtiges Maß, die Nettoleistung ("Wertschöpfung") ⁶⁾, die insbesondere die

1) W. Herrmann, Betriebsgröße und Unternehmungskonzentration in der Industrie, in: H. Linhardt (Hrsg.), Betriebsgröße und Unternehmungskonzentration, Nürn- berger Abhandlungen zu den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Heft 10, Berlin 1959, S. 105

2) K. Käfer, Konzentration und Publizität, in: H. Arndt (Hrsg.), Die Konzentra- tion in der Wirtschaft, Bd. III, a. a. O., S. 1626

3) K. Hax, Die allgemeinwirtschaftliche Bedeutung von Rechnungslegungsvorschrif- ten und Statistik, in: W. Rohrbeck (Hrsg.), 50 Jahre materielle Versicherungs- aufsicht, Berlin 1952, S. 270

4) L. Illetschko, Die Publizität der Kapitalgesellschaften im Auslande, in: Zeit- schrift für handelswissenschaftliche Forschung, N. F., 10. Jg. (1958), S. 423

5) Zum Nettoprinzip in der alten Gewinn- und Verlustrechnung, vgl. E. Dülfer, a. a. O., S. 182 ff.

6) Vgl. K. Käfer, a. a. O., S. 1613

wirtschaftliche Potenz der Unternehmung, namentlich bei vertikaler und heterogener Konzentration angibt.

Der Ausweis der vorhandenen Vermögensakkumulation war durch die - bereits besprochenen - bewertungsrechtlich ermöglichten Verschleierungsmanipulationen oft sehr unvollständig. ¹⁾

Die Angaben über Beteiligungen im Geschäftsbericht wurden - wie Lenel berichtet - "sehr lax gehandhabt mit dem Resultat, daß Aktionäre und Öffentlichkeit über den Beteiligungserwerb nur unzureichend unterrichtet wurden." ²⁾ Das Auskunftsrecht des Aktionärs stieß bei Fragen über Reservebildung oder Verflechtungen oft an die tatsächlichen oder angeblichen Schranken der geschützten Geheimsphäre der Gesellschaft. ³⁾

Gerade unter dem Aspekt der öffentlichen Kontrolle wurde das Fehlen ausreichender Konzernpublizität kritisiert. ⁴⁾ Der Konzern als Ganzes konnte im Verborgenen bleiben und damit auch die Art und Höhe der dem gemeinsamen Zweck dienenden Mittel sowie der erzielten Ergebnisse. ⁵⁾ Das alte Aktienrecht verlangte zwar bereits eine gewisse Offenlegung von Konzernbeziehungen in den Jahresabschlüssen und Geschäftsberichten. Nach § 134 Abs. 2 AktG 1937 war auch die Möglichkeit gegeben, auf dem Verordnungswege Konzernabschlüsse zu verlangen. Von dieser Vorschrift wurde jedoch kein Gebrauch gemacht. Die Kritik stieß sich immer wieder an der Anonymität des Aufbaus und der wirtschaftlichen Lage des Konzerns. ⁶⁾ Zur Klarstellung der Kapital- und Gewinnkonzentration bei Konzernen wurde unbedingt die Aufstellung konsolidierter Bilanzen (und Erfolgsrechnungen)

1) Vgl. K. Käfer, a. a. O., S. 1625

2) H. O. Lenel, Ursachen der Konzentration, a. a. O., S. 155

3) K. Käfer, a. a. O., S. 1616; in § 112 Abs. 3 AktG 1937 war bestimmt, daß der Vorstand über die Auskunftsverweigerung "nach pflichtmäßigem Ermessen" entscheidet.

4) Vgl. K. Hax, Aktienrechtsreform und Publizität der Unternehmungen, in: Forschungsstelle der Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Zur großen Aktienrechtsreform, a. a. O., S. 111; L. Wolkersdorf, Rechnungslegung und Publizität der Unternehmung, in: Das Mitbestimmungsgespräch, 6. Jg. (1960), Heft 11, S. 9

5) Das war übrigens eine der weiteren Ursachen, warum vielfach der Konzernierung vor der Fusionierung der Vorzug gegeben wurde (vgl. Konzentrationsenquete, a. a. O., S. 60; K. Käfer, a. a. O., S. 60).

6) Vgl. O. Bühler, Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, 3. Aufl., Berlin-Frankfurt/M 1956, S. 287, 328; P. Mertens, Konzentration, Konzernprobleme

für erforderlich gehalten. ¹⁾

Abschließend ist mit Käfer zum Ausmaß der vom Aktienrecht von 1937 geforderten Publizität unter Berücksichtigung des Konzentrationsproblems festzustellen: Es "wurde vor allem im Hinblick auf die Wirtschaftsexpansion des letzten Jahrzehnts mit ihrem raschen, aber oft verborgenen Wachstum der Unternehmungsgröße die Unternehmenspublizität immer mehr als ungenügend betrachtet, vor allem bezüglich der Erfolgsrechnungen und Konzernverflechtungen." ²⁾

2. Kapitel:

Die Neuregelung der Publizitätspflicht im Aktienrecht von 1965 unter dem Aspekt der Konzentrationsproblematik

I. Reform der Erfolgsrechnung

Die Reform der Gewinn- und Verlustrechnung wurde in der sog. "Kleinen Aktienrechtsreform", und zwar in dem "Gesetz über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und über die Gewinn- und Verlustrechnung", vom 23. Dezember 1959 ³⁾, vorweggenommen. Da das neue Gesetz die Gliederungsvorschriften des § 132 AktG 1937 in § 157 AktG 1965 in ihrem sachlichen Inhalt unverändert übernommen hat, können wir uns hier auf die Neuregelung in der "Kleinen Aktienrechtsreform" beziehen. ⁴⁾ Gesetzgeberisch begründet wird die Neufassung der Gewinn- und Verlustrechnung mit der Notwendigkeit einer Förderung des Kapitalmarktes, speziell im Sinne einer vermehrten Kontrolle der Aktionäre über Selbstfinanzierung und möglicher Dividendenausschüttung. ⁵⁾ Dem Bericht des Wirtschaftsausschusses ist

Fortsetzung der Fußnote 6) von Seite 106:

und Aktienreform, in: H. Linhardt (Hrsg.), Betriebsgröße und Unternehmungskonzentration, a. a. O., S. 159

1) K. Käfer, a. a. O., S. 1625

2) ebenda, S. 1625

3) BGBl. 1959/I/Nr. 55

4) Zu der Regelung im neuen Aktiengesetz im einzelnen vgl. J. Eßer, Gliederungsvorschriften, Bewertung, Gewinnverwendung und Pflichtangaben nach dem Aktiengesetz 1965, in: Die Aktiengesellschaft, 10. Jg. (1965), S. 360 ff.; formal hat sich insofern eine Änderung ergeben, als jetzt nur noch die Staffelform für die Gewinn- und Verlustrechnung zulässig ist.

5) Vgl. Entwurf eines Gesetzes über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und über die Gewinn- und Verlustrechnung, in: Deutscher Bundestag, Drucksache III/416, S. 16 f.

aber zu entnehmen, daß von einigen Vertretern die Reformbedürftigkeit offensichtlich auch unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Kontrolle gesehen wurde. ¹

Wesentlicher Inhalt dieser Reform war die Einführung des sog. Bruttoprinzips, wodurch die Erfolgsrechnung zu einer "Brutto-Gewinn- und Verlustrechnung" wurde. Nach der Bruttorechnung sind Erträge und Aufwendungen einzeln - unsaldiert - aufzuführen. Entscheidend ist hierbei, daß der Bruttoumsatz ²⁾ nicht mehr mit bestimmten Aufwendungen im sog. Rohüberschuß des alten Schemas saldiert werden kann, sondern unter Abzug von Preisnachlässen und rückgewährten Entgelten (§ 158 Abs. 2 AktG 1965) voll ausgewiesen werden muß. ³⁾ Da außer dem Umsatz auch Bestandsveränderungen bei Halb- und Fertigerzeugnissen sowie aktivierte Eigenleistungen (z. B. selbsterstellte Anlagen) auszuweisen sind, wird damit der aus der betrieblichen Leistungserstellung sich ergebende Betriebsertrag aus der Gewinn- und Verlustrechnung ersichtlich. ⁴⁾ Sodann sind einige Aufwands- und Ertragsposten stärker aufgegliedert worden. Insbesondere wurde für Aufwendungen und Erträge aufgrund von Gewinnabführungs- und Verlustübernahmeverträgen ein gesonderter Ausweis verlangt. Bis zur "Kleinen Aktienrechtsreform" konnten solche Aufwendungen bzw. Erträge mit dem Rohüberschuß der alten Gliederung verrechnet werden. "Gerade diese Bestimmung bringt einen Vorgang ans Licht, der bisher stets nur der Verwaltung bekannt war und oft zu unternehmenspolitischen Transaktionen benutzt wurde." ⁵⁾ Ebenso wurde der Einblick in die Rücklagenauflösung verbessert; während dies in der alten Fassung auf die offenen Rücklagen beschränkt war, sind nach der neuen Regelung stille Reserven, soweit sie in dem Anlagevermögen, in den Wertberichtigungen und in Rückstellungen enthalten waren, bei Auflösung gesondert auszuweisen (§ 157 Abs. 1, Posten 11, 12, 13 AktG 1965) ⁶⁾.

1) Vgl. Schriftlicher Bericht des Wirtschaftsausschusses, in: Deutscher Bundestag, Drucksache, III/1409, S. 1

2) Zur genauen Abgrenzung des Begriffes vgl. § 158 Abs. 1 und 2 AktG 1965 sowie den dazu gehörigen Ausschußbericht (in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 254); ebenso J. Eßer, a. a. O., S. 360 f.

3) Abgesehen von den Fällen, daß (a) Aktien einer AG, deren Bilanzsumme 3 Mio. DM nicht übersteigen, nicht zum amtlichen Handel zugelassen oder in den gegelten Freiverkehr aufgenommen sind oder (b) daß es sich um Familien-AGen handelt mit weniger als 10 Mio. DM Bilanzsumme.

4) L. Wolkersdorf, a. a. O., S. 5

5) E. Dülfer, a. a. O., S. 183

6) Die Auflösung von stillen Reserven in den Vorräten kann dagegen nicht erfaßt werden, weil sich die Auflösung in der Regel unerkennbar über den Posten Umsatzerlös vollzieht.

II. Reform der Bilanzbewertung

Als Kernfrage der Reform der aktienrechtlichen Publizität wurde das Problem der stillen Reserven angesehen, und das nicht zuletzt auch unter dem Aspekt der Konzentrationsproblematik. Über die Zulässigkeit der Legung von stillen Reserven entscheiden die Bewertungsgrundsätze bei der Bilanzbewertung. Von entscheidender Bedeutung sind somit die neuen Bewertungsbestimmungen, die aber nicht nur der Verschleierung der Vermögens- und Ertragslage entgegenwirken sollen. Gleichzeitig werden diese als Schutz dafür angesehen, daß die Verwaltung den erzielten Gewinn nicht durch übermäßige Abschreibungen oder Unterbewertungen der Entscheidung der Hauptversammlung über die Gewinnverwendung entzieht, ¹⁾ was unter dem Aspekt der Selbstfinanzierungsproblematik von Belang ist.

Für die Bewertung ist gegenüber dem Rechtszustand von 1937 ein grundlegender Unterschied eingetreten; Während die Vorschriften über die Wertansätze in der Jahresbilanz einseitig auf den Gläubigerschutz abgestellt waren, verfolgen die neuen Bewertungsvorschriften die Absicht, auch den Aktionärsschutz zu verankern. ²⁾ Es werden danach sowohl Überbewertungen als auch willkürliche Unterbewertungen verboten. Nicht ein höchstzulässiger Wertansatz wird bestimmt, sondern es wird vorgeschrieben, mit welchem Wert die einzelnen Vermögensgegenstände anzusetzen sind. ³⁾ Damit wurde die Wahlmöglichkeit zwischen mehreren Werten eingeschränkt und insofern auch die Möglichkeit zur Bildung willkürlicher stiller Reserven. Das Gesetz macht die Bewertungsobergrenze im allgemeinen gleichzeitig zur Bewertungsuntergrenze. Gegenstände des Anlagevermögens sind zu den Anschaffungs- oder Herstellungskosten anzusetzen (§ 153 Abs. 1 AktG 1965). Auch das Umlaufvermögen ist zu Anschaffungs- oder Herstellungskosten zu bewerten (§ 155 Abs. 1 AktG 1965), soweit nach dem weiterhin gültigen Niederstwertprinzip kein niedrigerer Wertansatz geboten ist. Dennoch darf man nicht verkennen, daß auch nach dieser begrifflichen Fixierung noch ein Bewertungsspielraum besteht, weil auf weiten Gebieten der Bewertungspraxis Ermessen zum Zuge kommt. ⁴⁾

So ist bei der Bewertung des Anlagevermögens insbesondere deswegen ein Bewertungsspielraum nicht auszuschließen, weil sowohl die Festlegung der Abschreibungs-

1) Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 217

2) H. Hornef, Was verlangt das neue Gesetz?, in: Der Volkswirt, 19. Jg. (1965), S. 1258

3) C. P. Claussen (Gläserne Taschen - leicht mattiert, in: Der Volkswirt, 22. Jg. (1968), S. 30) spricht von einem System "fester Werte".

4) H. Hornef, a. a. O., S. 1258; die folgenden Beispiele lehnen sich an die Ausführungen Hornefs an.

methode als auch die Schätzung der voraussichtlichen Nutzungsdauer handelsrechtlich gesehen Fragen unternehmerischen Ermessens sind.

Beim Umlaufvermögen bekommt der Ermessensspielraum dadurch Bedeutung,

- daß die Wertansätze bei den Erzeugnissen nur den Materialaufwand und die Fertigungslöhne zu enthalten brauchen. Die sog. indirekten Herstellungskosten (Abschreibungen, Betriebs- und Verwaltungskosten) dürfen, müssen aber nicht aktiviert werden (§ 153 Abs. 2 AktG 1965)
- daß bei gleichartigen Gegenständen des Vorratsvermögens verschiedene Methoden der Bestandsbewertung, wie insbesondere die Lifo-Methode, zulässig sind (§ 155 Abs. 1 AktG 1965)
- daß die Gegenstände des Umlaufvermögens so bewertet werden dürfen, daß "bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung" Wertschwankungen "in der nächsten Zukunft" bereits berücksichtigt sind (§ 155 Abs. 3, Satz 1 AktG 1965).

Der Ermessensfreiheit in Fragen der handelsrechtlichen Bewertung stehen allerdings eingehende Berichtspflichten über die Abschreibungs- und Bewertungsmethoden im Geschäftsbericht gegenüber, damit der Aktionär auf diese Weise trotz des Bewertungsspielraums einen möglichst guten Einblick in die Vermögens- und Ertragsverhältnisse bekommt. ¹⁾

III. Reform des Geschäftsberichts

Formal zerfällt der Geschäftsbericht im neuen Aktienrecht (§ 160) in den Lagebericht, den Erläuterungsbericht und die Einzelangaben. Während beim Lagebericht keine Änderungen erfolgten und sich bei den Einzelangaben keine wesentlichen Neuerungen ergeben haben, ist der Bericht, der den Jahresabschluß zu erläutern hat, erheblich detaillierter gestaltet worden.

Die Reform ist im Zusammenhang mit den neuen Bewertungsvorschriften zu sehen. Wie wir feststellten, gewähren die neuen Bewertungsvorschriften in der Wahl der Bewertungsmethoden (innerhalb der gesetzlichen Grenzen) weitgehende Freiheit. Durch Anwendung vorsichtiger Bewertungsmethoden wird es mithin immer noch zur Legung stiller Reserven kommen. Um dem Aktionär trotzdem einen möglichst guten Einblick in die Vermögens- und Ertragsverhältnisse zu verschaffen, entspricht der geschilderten Ermessensfreiheit bei der Bewertung eine weitgehende Pflicht zur Berichterstattung über die gewählten Abschreibungs- und Bewertungsmethoden. Die

1) Vgl. den folgenden Abschnitt III.

Abschreibungen und Wertberichtigungen auf Zugänge beim Anlagevermögen sind jedes Jahr gesondert für die einzelnen Posten des Anlagevermögens auszuweisen. Insbesondere müssen wesentliche Änderungen bei Abschreibungs- und Bewertungsmethoden einschließlich der Vornahme außerplanmäßiger Abschreibungen erörtert werden. ¹⁾ Ergibt die hierdurch hervorgerufene Einwirkung auf den Jahresüberschuß- bzw. -fehlbetrag eine Differenz von mehr als 10 v. H. im Vergleich zu dem Ertragsergebnis, das sich ohne Wechsel der Bewertungsmethode bzw. der Vornahme einer außerplanmäßigen Abschreibung ergeben hätte, so ist der Unterschiedsbetrag dann anzugeben, wenn er 1/2 % des Grundkapitals übersteigt. Von diesen Vorschriften im Geschäftsbericht erwartet Gessler, daß damit der Einblick in die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaften grundlegend erweitert wird. ²⁾

Während der Regierungsentwurf und die Ausschüsse des Bundestages sich gegen eine Wiederaufnahme der Schutzklausel ³⁾ des alten Aktiengesetzes (§ 128 Abs. 3 AktG 1937) aussprachen, wurde diese in abgeschwächter Form wieder Gesetz. Das gilt insbesondere für Einzelheiten, über die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen zu verbundenen Unternehmen.

Auf eine Darstellung der Neuregelung des Auskunftsrechtes ⁴⁾, das an sich im Zusammenhang mit dem Geschäftsbericht zu sehen ist, soll hier verzichtet werden.

IV. Reform der Konzernpublizität

1. Beteiligungspublizität (Mitteilungspflicht)

Heftig umstritten war, gerade wegen ihrer konzentrationsrelevanten Auswirkung, die Einführung einer Mitteilungspflicht bei Vorliegen einer maßgeblichen Beteiligung. ⁵⁾ Man wandte insbesondere dagegen ein, daß damit einmal die Bildung von Aktienpaketen und folglich auch die Unternehmenskonzentration erschwert

1) Diese Bestimmung soll auch helfen, die Ergebnisse aufeinanderfolgender Geschäftsjahre vergleichbar zu machen.

2) E. Gessler, Vollendete oder nur begonnene Aktienrechtsreform?, in: Die Aktiengesellschaft, 10. Jg. (1965), S. 346

3) Diese lautete: "Sie (die Berichterstattung) kann nur so weit unterbleiben, wie überwiegende Belange der Gesellschaft oder eines beteiligten Unternehmens oder der gemeine Nutzen von Volk und Reich es fordern".

4) Vgl. dazu H. Wilhelmi, Das neue Aktiengesetz, a. a. O., S. 155

5) Vgl. insbesondere den Ausschlußbericht, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 40 ff.

würde. Zum anderen sei eine solche Mitteilungspflicht nicht mit der Anonymität der Aktie zu vereinbaren; mit ihr untrennbar verbunden sei ebenfalls die fehlende Transparenz der Verflechtung zwischen Unternehmen.

Die Mehrheit des Wirtschaftsausschusses und vor allem die Legislative entschied sich aber trotz der Gegenargumente für eine Einführung der Mitteilungspflicht. Im Wirtschaftsausschuß wurde u. a. zu Recht darauf hingewiesen, daß eine solche Vorschrift "keinesfalls Konzentrationsvorgänge, die sich öffentlich vollzögen, sondern allenfalls den heimlichen Einkauf von Aktienpaketen (erschwere)".¹⁾

Um die Aktionäre, die Gläubiger und die Öffentlichkeit über geplante und bestehende Konzernverbindungen besser zu unterrichten, wurde im einzelnen bestimmt: Besitzt ein Unternehmen beliebiger Rechtsform mehr als 25 %²⁾ bzw. mehr als 50 % des Grundkapitals einer inländischen Aktiengesellschaft, so muß dies der Gesellschaft, an der die Beteiligung besteht bzw. erworben wurde, unverzüglich schriftlich mitgeteilt werden.³⁾ Die Aktiengesellschaft hat die ihr gemeldete Beteiligung unter Angabe des Unternehmens, das über eine derartige Beteiligung verfügt, unverzüglich in ihren Gesellschaftsblättern bekanntzumachen (§ 20 AktG 1965).

2. Einführung der Rechnungslegung im Konzern

Die Vorschriften über die Rechnungslegung im Konzern⁴⁾ (§ 329 ff. AktG 1965), bestehend aus dem Konzernabschluß (Konzernbilanz nach § 331 und Konzern-Gewinn- und Verlustrechnung nach § 332/333), dem Konzerngeschäftsbericht (§ 334) und der Konzernabschlußprüfung (§ 336) sind neu.

a) Allgemeines über die Konzernrechnungslegung

Zur Aufstellung eines Konzernabschlusses und eines Konzerngeschäftsberichtes ist zunächst die Konzernspitze mit Sitz im Inland in der Form der AG bzw. KGaA

1) Vgl. Ausschußbericht, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 40

2) Der Referentenentwurf wollte die Grenze für die Mitteilungspflicht bei 20 % des Grundkapitals ansetzen.

3) Um eine Umgehung der Vorschrift zu vermeiden, wurde bestimmt, daß nicht nur die Beteiligung, die das meldepflichtige Unternehmen besitzt, in Anrechnung zu bringen ist, sondern auch die Anteile zu berücksichtigen sind, die von einem abhängigen Unternehmen oder einem Dritten für Rechnung des Unternehmens gehalten werden.

4) Zum Problem des Konzernabschlusses insgesamt vgl. W. Busse von Colbe, Der Konzernabschluß nach neuem Aktienrecht, in: Die Aktiengesellschaft, 11. Jg. (1966), S. 269, 308, 350 ff.

verpflichtet. Nach § 28 Abs. 1 des Einführungsgesetzes ¹⁾ zum Aktiengesetz von 1965 trifft diese Verpflichtung auch eine inländische GmbH bzw. bergrechtliche Gewerkschaft als Konzernspitze, sofern in den Konzernabschluß ein Konzernunternehmen in der Form der AG bzw. KGaA einzubeziehen ist. Steht an der Spitze des Konzerns ein Unternehmen, das keine Kapitalgesellschaft ist (z. B. Einzelkaufmann, OHG, KG, Verein, Stiftung), oder hat die Obergesellschaft ihren Sitz im Ausland, so entfällt für diese die Verpflichtung zu einer besonderen Konzernrechnungslegung. Für solche Fälle kann ein sog. Teilkonzernabschluß in Frage kommen, und zwar dann, wenn die Spitze des Konzerns über eine Kapitalgesellschaft ²⁾ mit Sitz im Inland andere Konzernunternehmen beherrscht. Dann hat die Unternehmensleitung der Kapitalgesellschaft einen Teilkonzernabschluß und -geschäftsbericht aufzustellen.

In den Konzernabschluß sind - abgesehen von dem eben Festgestellten - alle abhängigen Gesellschaften einzubeziehen, deren Anteile zu mehr als 50 % dem Gesamtkonzern gehören. In gewissen Fällen - in anderen Situationen muß - von der Einbeziehung abgesehen werden. ³⁾ Konzernabschluß und -geschäftsbericht sind durch den Konzernabschlußprüfer (in der Regel durch den Abschlußprüfer der Obergesellschaft) zu prüfen.

b) Regelung des Konzernabschlusses

Ziel des Konzernabschlusses ist es, die Vermögens- und Ertragslage des Konzerns als wirtschaftlicher Einheit ⁴⁾ wiederzugeben. Die Jahresabschlüsse der einzelnen Konzernunternehmen bieten, auch wenn man sie nebeneinander stellt, hierüber ein nur unvollkommenes Bild; ⁵⁾ dies allein schon deswegen, weil manche Konzernunternehmen ihre Abschlüsse gar nicht publizieren müssen. Erforderlich ist deshalb ein Abschluß, wie er sich ergäbe, wenn der Konzern auch rechtlich eine Einheit gebildet hätte. Das geschieht nun dadurch, daß die Einzelabschlüsse im

1) BGBl. 1965/I/Nr. 48

2) Bei Vorliegen einer GmbH oder bergrechtlichen Gewerkschaft als Zwischenobergesellschaft muß wiederum mindestens ein abhängiges Konzernunternehmen die Form der AG bzw. KGaA haben.

3) Näheres siehe in § 329 Abs. 2 AktG 1965; vgl. W. Busse von Colbe, Der Konzernabschluß nach neuen Aktienrecht, a. a. O., S. 271 ff.

4) Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 437; der Begründung des RegE ist zu entnehmen, daß mit der Vermögenslage insbesondere die Liquidität und mit der Ertragslage die Höhe des in der Periode erzielten Gewinnes bzw. Verlustes angesprochen sind (ebenda, S. 436).

5) ebenda, S. 436

Konzernabschluß zusammengefaßt werden, und zwar nicht im Wege einer einfachen Addition 1), sondern durch die Bilanz-Konsolidierung 2), speziell durch Eliminierung der aus gegenseitigen Lieferungen und Leistungen resultierenden Beträge.

(1) Kernstück des Konzernabschlusses ist die Konzernbilanz (§ 331 AktG 1965). Die Konzernbilanz, auf die auch die Gliederungsvorschriften der Einzelbilanz Anwendung finden, faßt die auf den Stichtag des Konzernabschlusses festgestellten Bilanzen der Obergesellschaft und der einbezogenen Unternehmen nach bestimmten Grundsätzen zusammen. Zunächst nach dem Grundsatz der sog. Kapitalkonsolidation. 3) "Sie erfolgt durch eine Aufrechnung des Beteiligungsbuchwertes der Obergesellschaft (laut deren Einzelbilanz) für ihre Beteiligungen an den zu konsolidierenden Untergesellschaften mit dem Kapital der Untergesellschaften (ebenfalls laut deren Einzelbilanzen)." 4) An die Stelle der Beteiligungen an den einbezogenen Unternehmen treten deren Aktiva und Passiva (einschließlich der sog. Sonderposten mit Rücklagenanteil, der Rückstellungen, Wertberichtigungen und der Rechnungsabgrenzungsposten). Befinden sich nicht alle Anteile in der Hand der Obergesellschaft, so muß in Höhe des konzernfremden Anteils an Kapital, offenen Rücklagen und Gewinn und Verlust ein "Ausgleichsposten für Anteile im Fremdbesitz" gesondert ausgewiesen werden. 5)

Differiert der Buchwert der Beteiligungen an den Untergesellschaften mit dem wertmäßigen Anteilsbetrag am Eigenkapital dieser Gesellschaften, so ist der Unterschiedsbetrag ebenfalls gesondert auszuweisen. 6) Daraus folgt, daß die in die Konzernbilanz zu übernehmenden Aktiven und Passiven der abhängigen Konzern-

1) "Eine bloße Addition der Aktiven oder der Gewinne gäbe ein ganz falsches Bild der effektiven Konzentration wirtschaftlicher Potenz" (K. Käfer, a. a. O., S. 161).

2) Vgl. hierzu E. Heinen, Handelsbilanzen, 2. Aufl., Wiesbaden 1962, S. 259 ff.; W. Busse von Colbe, Der Konzernabschluß nach neuem Aktienrecht, a. a. O., S. 308 ff.

3) Vgl. beispielsweise K. Mellerowicz, Rechnungslegung und Konzernabschluß, in: H. Hengeler (Hrsg.), a. a. O., S. 240 ff.

4) ebenda, S. 240

5) Der auf Gewinn bzw. auf Verlust entfallende Betrag ist gesondert aufzuführen.

6) Ein aktiver Konsolidierungsausgleichsposten ergibt sich z.B., wenn bei 100% Beteiligung der Beteiligungsbuchwert in der Bilanz der Mutter höher ist als das Reinvermögen der Tochtergesellschaft; umgekehrt zeigt ein passiver Konsolidierungsausgleichsposten an, daß der Beteiligungsbuchwert unter dem Reinvermögenswert der Untergesellschaft liegt.

gesellschaften grundsätzlich mit den Werten anzusetzen sind, die sie in den Einzelbilanzen haben.

Davon macht das Gesetz aber eine wesentliche Ausnahme. Soll die Konzernbilanz die Vermögens- und Ertragslage des Konzerns als einer wirtschaftlichen Einheit darstellen, dann müssen Gewinne aus Lieferungen und Leistungen zwischen Konzernunternehmen (Zwischengewinne) weitgehend ausgeschaltet werden. "Denn der wichtigste Grundsatz des Bilanzrechts, daß der Ausweis nicht realisierter Gewinne unzulässig ist, bedeutet, auf den Konzern als wirtschaftliche Einheit übertragen, daß in der Konzernbilanz nur Gewinne aus Geschäften mit Außenstehenden ausgewiesen werden dürfen, da der Gewinn aus Lieferungen und Leistungen zwischen Konzernunternehmen vom Standpunkt des Konzerns aus ebenso wenig als realisiert angesehen werden kann, wie etwa 'Gewinne' aus Lieferungen zwischen einzelnen Betrieben eines Unternehmens." ¹⁾ Die vom Gesetz daraus gezogene Konsequenz für die Wertansätze von solchen konzerninternen Lieferungen und Leistungen ist die, daß bis auf Ausnahmen ²⁾ darin enthaltene und noch nicht realisierte Gewinnanteile beim Konzernabschluß unberücksichtigt bleiben.

Das mit dem Konzernabschluß angestrebte Ziel erfordert aber auch eine sog. Schuldkonsolidation. ³⁾ Diese bezweckt die Aufrechnung aller gegenseitigen Forderungen und Verbindlichkeiten der zu konsolidierenden Konzernunternehmungen (§ 331 Abs. 1, Ziff. 4 AktG 1965).

(2) Neben der Konzernbilanz wird die Aufstellung einer Konzern-Gewinn- und Verlustrechnung ⁴⁾ (§ 332 AktG 1965) verlangt. Vom Standpunkt der wirtschaftlichen Einheit des Konzerns müßten auch hier die Posten aus konzerninternen Lieferungen und Leistungen, die beim liefernden Unternehmen Erträge und beim empfangenden Unternehmen Aufwendungen sind, wie gegenseitige Forderungen und Verbindlichkeiten miteinander verrechnet werden. Ebenso müßten Erträge aus konzerninternen Lieferungen, die aus der Sicht des Konzerns als Eigenleistung anzusehen sind, in die für Eigenleistungen geschaffenen Gewinn- und Verlustposten umgliedert werden. Da aber die Verrechnung bzw. die Umgliederung von Innenum-

1) Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 442

2) Vgl. § 331 Abs. 2 AktG 1965

3) Vgl. K. Mellerowicz, a. a. O., S. 244

4) Rasch berichtet, daß diese bisher auch von den größten Konzernen - sofern sie freiwillig einen Konzernabschluß vorlegten - nur ausnahmsweise publiziert wurde (H. Rasch, Deutsches Konzernrecht, 3. Aufl. . . . , a. a. O., S. 170).

satzerlösen praktisch äußerst schwierig sein kann ¹⁾, hat man von einer zwangsweisen Verrechnung bzw. Umgliederung abgesehen. Auf jeden Fall müssen die Innenumsätze von den Außenumsätzen gesondert ausgewiesen werden. Andere Erträge aus konzerninternen Leistungen, bei denen diese Schwierigkeiten (wie z. B. bei Zinsen) nicht auftreten, sind aber mit den entsprechenden Aufwendungen zu verrechnen. ²⁾ Findet keine vollständige Verrechnung bzw. Umgliederung der Innenumsatzerlöse statt, dann gelten als Gliederungsvorschriften diejenigen der normalen Gewinn- und Verlustrechnung. Der konzernfremden Gesellschaftern zuzurechnende Gewinn- bzw. Verlustanteil ist vor dem Posten "Konzerngewinn bzw. -verlust" gesondert auszuweisen.

Wird hingegen eine vollständige Verrechnung bzw. Umgliederung der Innenumsatzerlöse vorgenommen, dann stellt das Gesetz nach § 333 AktG 1965 eine stark vereinfachte Konzern-Gewinn- und Verlustrechnung zur Wahl. Dem Außenumsatz wird ein Posten gegenübergestellt, in dem fast alle Umsatzaufwendungen und dazu noch andere Aufwendungen zusammengefaßt sind. Der gesonderte Ausweis des Materialaufwands, der Gemeinkosten, der Löhne und Gehälter, der sozialen Abgaben, der Bestandsveränderungen und der anderen Eigenleistungen erübrigt sich dadurch. Es soll aber bei der gesonderten Veröffentlichung von Abschreibungen und Wertberichtigungen auf das Anlagevermögen, Zinsen und Steuern bleiben.

c) Regelung des Konzerngeschäftsberichts (§ 334 AktG 1965)

Notwendige Ergänzung des Konzernabschlusses ist der Konzerngeschäftsbericht. Da die Vorschrift dem normalen Geschäftsbericht (§ 160 AktG 1965) nachgebildet ist, kann auf eine eingehende Darstellung weitgehend verzichtet werden. Von besonderer Bedeutung dürfte sein, daß ihm sowohl die zum Konzern gehörenden Unternehmen mit Sitz im Inland einzeln zu entnehmen sind, als auch die auf den Stichtag des Konzernabschlusses festgestellten Einzelabschlüsse der einbezogenen Konzern-AGen bzw. -KGaAen (aber nur diese!) beizufügen sind. Im Konzerngeschäftsbericht ist ferner über die Lage der in den Konzernabschluß einbezogenen Unternehmen zu berichten. Dies dürfte vor allem für jene abhängigen Konzernunternehmen bedeutend sein, die nicht publizitätspflichtig sind und in den Konzernabschluß nur summarisch aufgenommen werden. Die beschränkte Schutzklausel trifft in solchen Fällen nicht zu.

1) Vgl. Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 446

2) Die gegenseitige Verrechnung von Aufwendungen und Erträgen ist aber nicht zu verwechseln mit der Eliminierung von Zwischengewinnen in der Konzernbilanz.

3. Kapitel:

Kritische Würdigung der Neuregelung der Publizitätsvorschriften unter dem Aspekt der Konzentrationsproblematik

I. Kritische Würdigung unter Berücksichtigung der möglichen Einwirkungen auf den Konzentrationsprozeß

(1) Man könnte zunächst annehmen, daß von der angestrebten Verbesserung der Ertragspublizität tendenziell kurssteigernde Wirkungen auf die Aktien ausgingen und damit für Konzentrationsvorgänge durch äußere Verflechtung mehr Kapital - im Vergleich zu früher - aufzuwenden sei. Hierfür spricht einmal die Überlegung, daß im Anschluß an die verstärkte Offenlegung der tatsächlichen Gewinne der am Markt sich bildende Börsenkurs eher den auf eine Aktie entfallenden Anteil des Gesellschaftsvermögens widerspiegeln kann. Zum anderen kann durch erhöhte Ertragspublizität den Außenstehenden ein verlässlicherer Maßstab zur Beurteilung der wirtschaftlichen Lage ihres Unternehmens und damit auch zur Beurteilung des Wertes ihrer Anteile an die Hand gegeben werden.

Beides setzt voraus, daß der nach neuen Publizitätsvorschriften zu ermittelnde Jahreserfolg auch tatsächlich zu einer wesentlich verstärkten Offenlegung der wirklichen Ertragslage führt.

Ob es dazu in dem erforderlichen Umfange kommt, ist allerdings fraglich. Moxter bezweifelt, daß "ein Verbot der Bilanzierung nach dem erweiterten Vorsichtsprinzip praktikabel wäre. Ließe sich die vertretbare von der unzulässigen Aufwandsbemessung nicht eindeutig abgrenzen, so würde die Vorschrift wenigstens teilweise umgangen." ¹⁾

Bedenken gegen eine wesentliche Verbesserung in dieser Hinsicht wurden insbesondere aufgrund der bestehenden Ermessensfreiheit bei der Bewertung geäußert: "Wenn auch die Unterbewertung vom neuen deutschen Aktiengesetz gemäß §§ 153 ff. eingedämmt werden soll, so werden die Wertansätze durch intersubjektiv kaum nachprüfbare Erwartungen über Nutzungsfristen, Risiken und Ertragsentwicklung doch so beeinflusst, daß auch die Aktienrechtsreform keine entscheidende Verbesserung erwarten läßt." ²⁾ Weiterhin wird der Informationswert des ausgewiesenen Gewinns

¹⁾ A. Moxter, Der Einfluß von Publizitätsvorschriften auf das unternehmerische Verhalten, Köln-Opladen 1962, S. 186

²⁾ W. Busse von Colbe, Aufbau und Informationsgehalt von Kapitalflußrechnungen, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft, 36. Jg. (1966), S. 92

noch dadurch ganz wesentlich vermindert, daß die meisten immateriellen Investitionen, besonders für Forschung, Entwicklung und Markterschließung nach § 153 Abs. 3 AktG 1965 nicht zu aktivieren sind.¹⁾ Solche Aufwendungen ("Kosten der Zukunft")²⁾ mindern den Gewinn, ohne aber in der Erfolgsrechnung als gesonderte Gewinnverwendung in Erscheinung zu treten. Gerade hierdurch wird für den Außenstehenden aber nicht nur das ausgewiesene Periodenergebnis als Indiz wirtschaftlicher Aussichten stark gemindert, sondern ihm auch eine der wichtigsten Größen für die Beurteilung der Erfolgserwartungen vorenthalten.³⁾

Berücksichtigt man das Gesagte, dann dürfte von den neuen Vorschriften über die Ertragspublizität kaum eine nennenswerte konzentrationshemmende Wirkung in dieser Hinsicht zu erwarten sein.

Es ergibt sich nun die Frage, ob man dem einen Ziel der Bilanzierung, nämlich der Ermittlung eines Indikators für die Unternehmensentwicklung, nicht hätte noch mehr Rechnung tragen können, ohne den anderen Zweck der Bilanzierung - die Kapitalerhaltung - zu beeinträchtigen. Stützel⁴⁾ hält dies im Anschluß an eine exakte Trennung von Gewinnermittlungs- und Gewinnverwendungsrechnung für möglich. Die Gewinnermittlung wäre an der Bilanzierungsaufgabe einer möglichst exakten Wiedergabe der tatsächlichen Ertragslage zu orientieren. Im Hinblick auf die dabei dominierende Indikatorfunktion des Gewinns "darf das Vorsichtsprinzip in gar keiner Weise berücksichtigt werden."⁵⁾ Die Gewinnermittlung sollte nach Stützel

1) In gewissem Sinne bedeutet das Aktivierungsverbot selbstgeschaffener immaterieller Anlagen (wie z. B. selbstentwickelte Patente und außerordentliche Werbeaufwendungen) nach § 153 Abs. 3 AktG 1965 sogar ein Rückschritt gegenüber dem alten Recht, denn für die erwähnten Beispiele wurde zumindest die Aktivierungsfähigkeit, wenn auch nicht die Aktivierungspflicht, bejaht. Der Intention des Gesetzgebers, der Legung willkürlicher stiller Rücklagen entgegenzutreten, hätte es durchaus entsprochen, zum Zwecke der Verbesserung des Erfolgsausweises entweder die Aktivierung selbstgeschaffener immaterieller Anlagen zuzulassen oder gar vorzuschreiben - wie es Busse von Colbe forderte (vgl. W. Busse von Colbe, Gewinnrücklagen im veröffentlichten Jahresabschluß, a. a. O., S. 400) - oder, wie wir meinen, eine gesonderte Ausweispflicht in der Gewinn- und Verlustrechnung vorzusehen (vgl. unten S. 126 f.).

2) Vgl. H. Hornef, Bruttoüberschußziffern als Mittel zur Beurteilung der Ertragskraft, in: Neue Betriebswirtschaft, 15. Jg. (1962), S. 50

3) ebenda, S. 59

4) W. Stützel, a. a. O., S. 959

5) A. Moxter, Bilanzierung und ungewisse Erwartungen, a. a. O., S. 630

nicht am Niederstwertprinzip festhalten; erst in der Gewinnverwendungsrechnung, die den Grundsatz der Kapitalerhaltung zu berücksichtigen hätte, müßten noch nicht realisierte Gewinne zwingend gegen Ausschüttungen gesperrt werden. ¹⁾ Ein schwieriges Problem stellt hier auch die an dem Ziel der Offenlegung der Ertragslage orientierte Abschreibungsermittlung dar. Moxter sieht zur Vermeidung tendenziöser Ansätze keine andere Möglichkeit, als die Abschreibung ganz aus dem Ermessen der Bilanzierenden herauszunehmen, und weitgehend anhand von Nutzungsdauertabellen, die von erfahrenen Revisoren und der Finanzbehörde verbindlich festzulegen wären, zu regeln. Außerhalb des Realanlagevermögens soll es dem Abschlußprüfer überlassen bleiben, entsprechend seiner subjektiven Überzeugung zu bewerten. ²⁾ Mit einer derartigen Trennung der Bilanzierungsrechnung sollte nicht nur dem Aktionär ein klares Bild über die Ertragslage verschafft werden können, sondern es dürfte damit auch ein zusätzlicher Ansatzpunkt (über das Verbot der Legung willkürlicher stiller Reserven hinausgehend) zur Wiederherstellung der Einheit von Handels- und Steuerbilanz gefunden sein. Nach Kahl ist grundsätzlich nicht einzusehen, warum überhaupt getrennte Handels- und Steuerbilanzen notwendig sind, wenn auch die Steuerbilanz an einen nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten ermittelten Gewinn gebunden wird. ³⁾ Mit der Problematik der Schaffung einer Einheitsbilanz können wir uns hier allerdings nicht näher beschäftigen. ⁴⁾ Festzuhalten bleibt aber, daß diese Art der Bilanzierung unter Berücksichtigung der beiden Bilanzierungsziele an die Institution der Abschlußprüfung erhebliche Mehranforderungen stellen würde und es fraglich ist, ob die derzeitige aktienrechtliche Organisation hierfür praktikabel wäre. Da uns die Regelung der Abschlußprüfung ohnehin noch zu beschäftigen hat, sei im einzelnen auf die späteren Ausführungen verwiesen.

(2) Für den Konzentrationsprozeß durch äußere Verflechtung ist die neu eingeführte Mitteilungspflicht von Bedeutung. Zweifellos erschwert sie den heimlichen Auf-

1) W. Stützel, a. a. O., S. 959

2) A. Moxter, Bilanzierung und ungewisse Erwartungen, a. a. O., S. 619 f., 629

3) J. Kahl, a. a. O., S. 86

4) Vgl. hierzu P. Scherpf, Handelsbilanz-Steuerbilanz, Berlin 1941, S. 110 ff.; J. Kahl, a. a. O., S. 86 ff.; E. Kosiol, a. a. O., S. 186 ff.; W. le Coutre, Die ordnungsmäßige Buchführung in Handels- und Steuerrecht - betriebswirtschaftlich gesehen, in: E. Heinen (Hrsg.), Steuern und Unternehmenspolitik, Festschrift für E. Aufermann, Wiesbaden 1958, S. 11 ff.

kauf von Aktienpaketen ¹⁾ und wird nicht selten erhöhend auf die Kosten des Konzentrationsvorganges wirken, zumal die der Gesellschaft gemachte Mitteilung unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen ist. Die Mitteilungspflicht vermindert die Hoffnung, Unternehmen unter ihrem Wert aufkaufen zu können und erhöht die Wahrscheinlichkeit, daß für den Erwerb mehr als der bisherige Börsenkurs bezahlt werden muß. ²⁾

Die an sich begrüßenswerte Vorschrift ist in zweierlei Hinsicht unbefriedigend: Zunächst dürfte die voraussetzungsgemäße Beteiligungsgrenze von 25 % für die Meldepflicht zu hoch liegen, gerade auch unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Überlegung, die Großaktionärsposition dann als offenlegungspflichtig anzusehen, wenn es sich bei ihr um eine Sperrminorität handelt. Da für die Hauptversammlungsbeschlüsse die Quote am vertretenen und nicht am vorhandenen Grundkapital maßgebend ist, bewirkt die meist nicht vollzählige Präsenz, daß schon ein geringerer Besitz als 25 % Beschlüsse verhindern kann. In der Konzentrationsenquete wurde aus diesem Grunde zu der fraglichen Bestimmung im Regierungsentwurf des Aktiengesetzes festgestellt: "Die Untersuchung ergab, daß es zur Feststellung der Einflußmöglichkeiten auf eine andere Aktiengesellschaft häufig zu spät sein wird, wenn die Beteiligung mehr als 25 % erreicht hat." ³⁾ Eine geringere Beteiligungsgrenze wäre angebracht gewesen, auch unter dem Aspekt der Erschwerung wirtschaftlich unerwünschter Konzentration. Im Referentenentwurf lag die Beteiligungshöhe noch bei 20 %. Wie die Begründung zum Regierungsentwurf berichtet, sehen das französische und das amerikanische Gesellschaftsrecht sogar vergleichbare Mitteilungspflichten bereits bei Besitz von mehr als 10 % aller Anteile vor. ⁴⁾

Bedenklich ist sodann die Regelung der Berechnung der Beteiligung. Nach § 20 Abs. 1 in Verbindung mit § 16 Abs. 4 AktG 1965 zählen zu den Aktien, die dem Unternehmen selbst gehören, zunächst die Anteile, die sich im Eigentum einer von dem mitteilungspflichtigen Unternehmen abhängigen Gesellschaft befinden. Weiterhin ist bestimmt, daß im Falle des Einzelkaufmanns auch die Anteile hinzurechnen sind, die sonstiges Vermögen des Inhabers darstellen. Von diesen Vorschriften ausgehend, kann man sich nun Situationen vorstellen, in denen der Aufbau einer Mehrheitsbeteiligung bei Personalkonzernen (außer im Falle, daß

1) Vgl. Ausschußbericht, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 40; diese Wirkung ist u. a. ausdrücklich mit eingerechnet: "Daß die Mitteilung erwünschte, wirtschaftlich gerechtfertigte Konzernverbindungen nachhaltig verhindert, ist nicht anzunehmen" (Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 39).

2) H. O. Lenel, Ursachen, der Konzentration, a. a. O., S. 154

3) Konzentrationsenquete, a. a. O., S. 62

4) Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 39

die Konzernspitze eine Einzelfirma darstellt) nicht erfaßt wird. Wiederum berichtet die Konzentrationsenquete, daß es gerade bei Personalkonzernen häufig vorkommt, daß ein Teil der Anteilsrechte über die Konzerngesellschaft gehalten wird, der Spitzenbetrag, um eine Schachtel- oder Mehrheitsbeteiligung zu erreichen, aber bei den Konzerninhabern persönlich liegt. ¹⁾ Zumindest hätte in § 16 Abs. 4 AktG 1965 bestimmt werden müssen, daß in solchen Fällen, in denen das evtl. mitteilungsspflichtige Unternehmen die Rechtsform der OHG oder KG hat, zu den Aktien, die dem Unternehmen gehören auch jene zählen, die den Gesellschaftern persönlich zustehen, wie es für den Einzelkaufmann auch bestimmt wurde. Flume bemängelt weiterhin, daß von einer Mitteilungspflicht öffentlich-rechtliche juristische Personen, die unter Umständen auch Konzerne aufbauen, ausgenommen sind. ²⁾

II. Kritische Würdigung unter dem Aspekt gesamtwirtschaftlicher Kontrollmöglichkeiten

Wir haben im ersten Kapitel festgestellt, daß mangelhafte Publizität als solche der Expansionspolitik der Großen entgegenkommt, ohne daß diese durch die ökonomische Ratio legitimiert ist. Insofern kann die Verbesserung der Publizität einer übermäßigen Expansion tendenziell entgegenwirken. Jedoch sollte man die Einwirkung auch nicht überschätzen, denn die Reaktion der öffentlichen Meinung auf Konzentrationsvorgänge ist nun einmal stark von Zeit, Ort und Umständen abhängig. ³⁾

Unbestreitbar ist aber, daß die aus dem Konzentrationsprozeß hervorgehenden wirtschaftlichen Machtpositionen mangels funktionsfähigen Wettbewerbs einer sonstigen gesamtwirtschaftlichen Kontrolle bedürfen. Als eines der wirtschaftspolitischen Ersatzinstrumente, das mithelfen soll, Großunternehmen einer gesamtwirtschaftlichen Kontrolle zu unterstellen, wird der Zwang zur Publizität angesehen. "Die vermachtete Verkehrswirtschaft, die eine unleugbare Tatsache ist, bedarf der Kontrolle, ob die Marktmächte ihre Macht nicht zum Schaden der Allgemeinheit gebrauchen. Ausreichende Publizität ist dabei ein marktkonformes Kontrollmittel." ⁴⁾ Unter dem Aspekt der Konzentrationsproblematik sind daraufhin

1) Konzentrationsenquete, a. a. O., S. 63

2) Vgl. W. Flume, Diskussionsbeitrag, in: C. H. Barz, C. P. Claussen u. a. (Hrsg.), a. a. O., S. 187

3) Vgl. K. Käfer, a. a. O., S. 1626

4) K. Hax, Aktienrechtsreform und Publizität der Unternehmungen. a. a. O., S. 111;

auch die neuen Publizitätsvorschriften aus der Sicht gesamtwirtschaftlicher Kontrollmöglichkeiten zu würdigen.

(1) Zunächst liefert die vermehrte Offenlegung der Unternehmungsrechnung zum Teil das Tatsachenmaterial, auf das wirtschaftspolitische Instanzen angewiesen sind, die mit der Lösung des Kontrollproblems beschäftigt sind oder den Konzentrationsprozeß zu beobachten haben. Man denke nur an die erleichterte Feststellung der Einhaltung der Meldepflicht nach § 23 GWB für das Bundeskartellamt durch Einführung des Bruttoprinzips in der Erfolgsrechnung und durch den Zwang zum Konzernabschluß.

Weiterhin "gewähren vor allem die Berichte über Konzernbeziehungen und die publizierten Konzernabschlüsse der Öffentlichkeit ein objektives Bild über das Fortschreiten des Konzentrationsprozesses und können so zum Ausgangspunkt wirtschaftspolitischer Gegenmaßnahmen werden." ¹⁾ Ausgehend von der Tatsache, daß das Aktiengesetz von 1965 die Konzernierung ausdrücklich bzw. stillschweigend zuläßt, ist die Regelung der Konzernpublizität unter dem Aspekt gesamtwirtschaftlicher Kontrollmöglichkeiten in folgenden Punkten zu bemängeln: Soll der Konzern als wirtschaftliche Einheit in Erscheinung treten, dann muß die Beschränkung der Konzernabschlußpflicht auf Obergesellschaften in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft bedenklich stimmen. Kronstein hält es nicht für gerechtfertigt, daß die konzernrechtliche Publizität, wie sie die Aktienrechtsreform in Angriff genommen hat, bei der GmbH als Konzernspitze halt macht. ²⁾ Mit der - begrüßenswerten - Ausdehnung der Abschlußpflicht auf Muttergesellschaften in Form der GmbH bzw. bergrechtlichen Gewerkschaft wurde ohnehin der engere

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 121:

A. Moxter (Der Einfluß von Publizitätsvorschriften. . . a. a. O. , S. 77) spricht sogar von der "Bedeutung der Publizitätspflicht als Instrument einer staatlichen Wettbewerbspolitik"; vgl. auch R. Reinhardt, Die gesellschaftsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen, a. a. O. , S. 31 f.; K. Nemitz, Machtkonzentration und Machtkontrolle in der Wirtschaft, in: K. Nemitz, R. Becker (Hrsg.), a. a. O. , S. 176; R. Blum, Der Wettbewerb im wirtschaftspolitischen Konzept, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 121 (1965), S. 84 f.

1) K. Hax, Betriebswirtschaftliche Probleme der Konzentration, a. a. O. , S. 96

2) H. Kronstein, Die Publizität außerhalb der Aktiengesellschaft, in: Der Betriebs-Berater, 19. Jg (1964), S. 1056

Bereich des Aktiengesetzes verlassen. ¹⁾ Es zeigt sich hier am Beispiel der Konzernpublizität, wie fragwürdig es ist, das Publizitätsproblem mit der Rechtsform verknüpfen zu wollen. ²⁾ "Wenn man die fortschreitende Unternehmungskonzentration mit Hilfe der Berichterstattungspflicht unter Kontrolle bringen will, dann muß man diese Pflicht allen Großunternehmungen auferlegen, unabhängig von ihrer Rechtsform." ³⁾ Eine Möglichkeit zur teilweisen Umgehung der Publizitätspflicht für Konzernobergesellschaften besteht dann immer noch, nämlich in der Verlegung der Konzernspitze ins Ausland. Wie Kruk berichtet, tragen sich auch manche Konzerne mit dem Gedanken, aus diesem Grunde den Sitz der Obergesellschaft ins Ausland zu verlegen. ⁴⁾

Kritisch ist ebenso die Vorschrift zu sehen, daß nur Konzernunternehmen mit Sitz im Inland einbezogen werden müssen. Damit sind nach Busse von Colbe für die Aussagefähigkeit des Konzernabschlusses zwei Gefahren verbunden: Konzerne, die umfangreiche Geschäfte über ausländische Tochtergesellschaften abwickeln und

-
- 1) Eine gewisse Sicherung gegen die Flucht der Holdings in die Personalgesellschaftsform brachte § 39 des Einführungsgesetzes zum AktG 1965. Umwandlungen einer Kapitalgesellschaft in eine Personalgesellschaft wurden erschwert.
 - 2) Die Verknüpfung der Publizitätspflicht mit der Rechtsform kann sich im übrigen verzerrend auf die aufzustellende Konzernbilanz auswirken. In die Konzernbilanz sind grundsätzlich die Werte aus den Bilanzen der einzelnen Konzernfirmen - unter Eliminierung der Zwischengewinne - zu übernehmen. Die neuen Bewertungsvorschriften des Aktiengesetzes gelten aber nicht ohne weiteres für Konzernunternehmungen in anderer Rechtsform wie z. B. der GmbH. "Bei Konzerngesellschaften, die nicht Aktiengesellschaften sind, können demnach weiterhin nach Belieben stille Reserven gebildet und in die Konzernbilanz übernommen werden. Die Konzerne können die strengen Bewertungsvorschriften des Aktiengesetzes vielleicht sogar umgehen, indem sie Teile des Anlage- und des Umlaufvermögens auf Konzern-GmbHs übertragen" (M. Kruk, a. a. O., S. 17); vgl. auch W. Busse von Colbe, Der Konzernabschluß nach neuem Aktienrecht, a. a. O., S. 317.
 - 3) K. Hax, Betriebswirtschaftliche Probleme der Konzentration, a. a. O., S. 97
 - 4) M. Kruk, a. a. O., S. 17. Wenn die Konzernspitze im Ausland einen Konzernabschluß nach deutschem Aktienrecht aufstellt und im Bundesanzeiger veröffentlicht, sind gewisse Vorteile damit verbunden, nämlich Wegfall eines Konzerngeschäftsberichts und Prüfung durch ausländische Wirtschaftsprüfer.

die Konzernunternehmen nicht in die Konsolidierung mit aufnehmen, bieten mit einem solchen Abschluß ein sehr unvollständiges Bild. Außerdem läßt die Vorschrift die Möglichkeit offen, die Konzernbilanz des inländischen Teils bewußt zu 'frisieren', oder sogar sich der Konzernabschlußpflicht ganz zu entziehen, indem die inländischen Konzernunternehmen als direkte Beteiligung in eine Zwischen-Holdinggesellschaft mit Sitz im Ausland eingebracht werden. ¹⁾ Es wurde daher von mehrfacher Seite auch die obligatorische Konsolidierung ausländischer Konzernglieder gefordert. ²⁾

Auch die Regelung der Frage, welche inländischen Konzernunternehmen in den Abschluß einzubeziehen sind, überzeugt nicht: Konzerngesellschaften dürfen nicht in die Konsolidierung mit aufgenommen werden, wenn der Aussagewert des Konzernabschlusses dadurch beeinträchtigt wird. Nach der Begründung des Regierungsentwurfes kann das z. B. zutreffen bei Unternehmen "mit abweichendem Geschäftszweig" ³⁾ Wenn aber der Konzernabschluß der Darstellung der Vermögens- und Ertragslage des Konzerns als wirtschaftlicher Einheit dienen soll, kann eine dem übrigen Konzern fremde Geschäftstätigkeit auch kein hinreichender Ausschließungsgrund sein. "Im Hinblick auf die Darstellung der Liquidität und Rentabilität des Konzerns ist die Tatsache, daß ein Konzernunternehmen eine vom übrigen Konzern abweichende Tätigkeit ausübt, keinesfalls ein Grund, es von der Konsolidierung auszuschließen." ⁴⁾ Im übrigen kann es nur gut sein, wenn sich allenthalben herausstellt, "daß eine Reihe von Unternehmens-Kombinationen keineswegs im Sinne einer betriebswirtschaftlich und produktionstechnisch wohl aufeinander abgestimmten und sich ergänzenden, größeren Einheit aufgebaut worden sind, sondern ein höchst willkürliches, zufällig oder spekulativ zusammengewürfeltes Konglomerat von Unternehmen der verschiedenen Branchen darstellen." ⁵⁾

Zur Kritik der Konzernpublizität fordert ebenso heraus, daß von inländischen Konzernunternehmen, die zu mehr als 50 % dem Konzern gehören, aber aus den im Gesetz aufgeführten Gründen ⁶⁾ nicht in den Abschluß mitaufgenommen worden

1) W. Busse von Colbe, Der Konzernabschluß nach neuem Aktienrecht, a.a.O., S. 27

2) Vgl. Institut der Wirtschaftsprüfer (Hrsg.), Ergänzende Vorschläge zur Aktienrechtsreform, Düsseldorf 1958, S. 27 f.; W. Busse von Colbe, Gewinnrücklagen im öffentlichen Jahresabschluß, a.a.O., S. 399; W. Schuhmann, Der Konzernabschluß, Wiesbaden 1962, S. 80

3) Begründung RegE, in: Textausgabe Kropff, a. a. O., S. 439

4) W. Busse von Colbe, Der Konzernabschluß nach neuem Aktienrecht, a.a.O., S. 27

5) C. E. Fischer, Die Reform des Aktiengesetzes, a.a.O., S. 242

6) Vgl. § 329 AktG 1965: bei ausländischen Konzernunternehmen, bei geringer Be-

sind, nur dann dem Konzerngeschäftsbericht ein auf den Stichtag des Konzernabschlusses festgestellter Einzelabschluß beizufügen ist, wenn es sich bei den abhängigen Unternehmen um eine AG handelt. Von verschiedener Seite wird auch - unabhängig von der Rechtsform - für Konzernunternehmen die Veröffentlichung eines selbständigen Abschlusses verlangt, gleichgültig, ob das Konzernunternehmen in den Konzernabschluß einbezogen wurde oder nicht.¹⁾

(2) Der mögliche Beitrag der Publizitätspflicht ist noch unter einem anderen Aspekt zu sehen: Verschiedentlich wird darauf hingewiesen, daß die Kartellbehörden zur wirksamen Wahrnehmung ihrer Kontrollfunktion auf die Unterstützung der öffentlichen Meinung angewiesen sind, deren Bildung aber wesentlich davon abhängt, inwieweit der Allgemeinheit durch Jahresabschlüsse objektive Kontrollmöglichkeiten gegeben werden. "Gerade in einem demokratischen Staat bedarf die Aufsichtsbehörde zur wirksamen Durchführung ihrer Aufgaben der ständigen Unterstützung der öffentlichen Meinung. Das setzt aber eine ausreichende Information der Öffentlichkeit voraus."²⁾ Mit einer direkten Beeinflussung des unternehmerischen Verhaltens der Großen im Sinne einer Verhinderung des Machtmißbrauches durch die öffentliche Meinung ist nach Moxter nur im Falle beträchtlicher Gewinnüberholung zu rechnen.³⁾ Zu einem solchen Gewinnausweis wird es aber in der Regel - sofern es die Rechnungslegungsvorschriften erlauben - gar nicht erst kommen.

Damit es zu der im Zusammenhang mit der Reaktion der öffentlichen Meinung erwarteten Einflußnahme auf das unternehmerische Verhalten der Großunternehmen kommt - sei es in direkter Hinsicht, z.B. weil man eine ungünstige Beurteilung des Geschäftsgebarens in der Öffentlichkeit befürchtet, oder durch die Angst der Unternehmer, die öffentliche Meinung könne eine verschärfte wirtschaftspolitische Gegenreaktion induzieren - ist Voraussetzung, daß die Öffentlichkeit sich ein hinreichendes Bild von der tatsächlichen Gewinnsituation des Unternehmens machen kann. Im Hinblick auf die Offenlegung der Gewinne haben die neuen Be-

Fortsetzung der Fußnote 6) von Seite 124:

deutung eines Konzernunternehmens, bei Konzernunternehmen, deren Einbeziehung zu einer Beeinträchtigung des Aussagewertes des Konzernabschlusses führen würde.

- 1) Vgl. H. Kronstein, Die Publizität außerhalb der Aktiengesellschaft, a. a. O., S. 1056; ebenso P. Mertens, a. a. O., S. 159 f.; vgl. auch Moxter, Der Einfluß der Publizitätsvorschriften, a. a. O., S. 165 f.
- 2) K. Hax, Die allgemeinwirtschaftliche Bedeutung von Rechnungslegungsvorschriften und Statistik, a. a. O., S. 282; A. Moxter, Der Einfluß von Publizitätsvorschriften ..., a. a. O., S. 85; J. Kahl, a. a. O., S. 141; E. Eggmann, Der Staat und die Kartelle, Zürich 1945, S. 183; R. Reinhardt, Privates Unternehmen und öffentliches Interesse, a. a. O., S. 448
- 3) A. Moxter, Der Einfluß von Publizitätsvorschriften, a. a. O., S. 77

wertungsvorschriften einer willkürlichen Verschleierung der Ertragslage durch Unterbewertung der Aktiven bzw. Überbewertung der Passiven Grenzen gesetzt. Wenn hohe Erfolge eines publizitätspflichtigen Unternehmens zum Gegenstand des Anstoßes in der öffentlichen Meinung zu werden drohen, dann gibt es verschiedene Möglichkeiten der Abwehrreaktion seitens des betroffenen Unternehmens. Zunächst könnte daran gedacht werden, die Preise zu senken, um die zu veröffentlichenden Gewinne zu reduzieren. Daneben bieten sich zur Gewinn(ausweis)minderung Manipulationen an, die der Öffentlichkeit nicht besonders bekannt werden, auch nicht nach den neuen Rechnungslegungsvorschriften. Die Reduktion des auszuweisenden Gewinnes kann teilweise durch erhöhte Aufwendungen für public relations erfolgen. Ferner ist sie insbesondere dadurch herbeizuführen, daß vermehrt Investitionen zur langfristigen Sicherung der Marktposition getätigt werden; als solche kommen vornehmlich in Frage: Steigerung der Forschungs- und Entwicklungstätigkeit und verstärkte Reklame. ¹⁾ Ausgaben für Forschung und Markterschließung (sog. immaterielle Investitionen) werden heute gewöhnlich nicht aktiviert, sondern als Aufwand betrachtet und vermindern so den auszuweisenden Gewinn. Ob es angesichts solcher - bis jetzt weitgehend unerkennbaren - Manipulationen zu der weiteren Möglichkeit, nämlich einer Preissenkung kommt, bleibt zweifelhaft. Da mit derartigen Aufwendungen auf dem Hintergrund dominierender Marktstellung immer die Gefahr der Fehlallokation von Produktionsfaktoren gegeben ist, sollten solche Beträge auch der Öffentlichkeit angezeigt werden. ²⁾ Es wäre sicherlich damit zu rechnen, daß sich die öffentliche Meinung gegen beträchtliche public relations-Ausgaben oder auch gegen übertriebene Werbeausgaben wendet, wenn ihr aufgrund der Rechnungslegungsvorschriften diese Beträge bekannt werden sollten. Daß bei gesondelter Ausweispflicht dieser Aufwendungen die Unternehmer teilweise ausweichen könnten, ist zwar zuzugeben, der unternehmerische Ermessensspielraum ist indes nicht so groß, daß eine Veröffentlichung der Werbeausgaben als sinnlos zu gelten hat. ³⁾

Von hohen Forschungs- und Entwicklungsausgaben kann man sich immerhin einen

1) A. Moxter, Der Einfluß von Publizitätsvorschriften, a. a. O., S. 71 ff.

2) Busse von Colbe fordert im Zusammenhang mit Kapitalflußrechnungen z. B. unter den Anlageinvestitionen auch den gesonderten Ausweis von Ausgaben für Forschung, Entwicklung, Markterschließung und für andere Zwecke, soweit sie vom Unternehmen als Aktionsparameter eingesetzt werden, um die Einnahmeüberschüsse späterer Perioden zu erhöhen (vgl. W. Busse von Colbe, Aufbau und Informationsgehalt von Kapitalflußrechnungen, a. a. O., S. 105).

3) A. Moxter, Der Einfluß von Publizitätsvorschriften. . . , a. a. O., S. 196; zur Problematik des Ausweises vgl. ebenda, S. 195 ff.

akzelerierenden Effekt auf die technische Entwicklung (Inventionen) versprechen. Gesamtwirtschaftlich bedeutsam ist jedoch allein die Realisierung der technischen Erfindungen bzw. Verbesserungen (Einführung von Innovationen). ¹⁾ Da für die Großindustrie, bei der die Forschung im wesentlichen konzentriert ist, der Wettbewerbsdruck zu wünschen übrig läßt, ist fraglich, ob hier Invention und Innovation genügend korrelieren. ²⁾

Mit dem Zwang zur Veröffentlichung von Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen - soweit sie sich von anderen Aufwendungen abgrenzen lassen - könnte zumindest der Druck zur Innovation erhöht werden. Hohe publizierte Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen werden zwar zunächst weit weniger als hohe Werbungsausgaben die Kritik der öffentlichen Meinung herausfordern; über die Zeit hin könnten aber auch permanent hohe Forschungsausgaben Gegenstand des Austoßes werden, wenn die sichtbaren Innovationsergebnisse in keinem als ausgewogen angesehenen Verhältnis zur Höhe der zu Forschungszwecken verwendeten Mittel stehen.

Ebenfalls gäbe ein solcher Ausweis immerhin gewisse Hinweise, "inwieweit eine Unternehmungsleitung bereit (gezwungen) ist, den technischen und wirtschaftlichen Fortschritt voranzutreiben (sich ihm anzupassen)." ³⁾

(3) Von verschiedener Seite wurde die traditionelle Organisation des Prüfungswezens als reformbedürftig angesehen, insbesondere im Hinblick auf eine stärkere Gewährleistung der Unabhängigkeitsstellung des Abschlußprüfers gegenüber der zu prüfenden Gesellschaft. ⁴⁾ Da sich an dem Institut der Abschlußprüfung in neuen

1) Zur Unterscheidung des technischen Fortschritts in Inventionen und Innovationen vgl. A. E. Ott, Technischer Fortschritt, in: HdSW, Bd. 10, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1959, S. 302

2) Sohlen sagt im Anschluß an Schätzungen amerikanischer Nationalökonomien über entgangene Kostenersparnisse durch jahrelange Nichtanwendung eines bereits bekannten und rationelleren Stahlerzeugungsverfahrens (das sog. LD-Verfahren) durch die Größten der amerikanischen Stahlindustrie: "Wie ungenau Schätzungen dieser Art auch sein mögen, so kann man sich doch des Eindrucks nicht erwehren, daß die Manager der führenden amerikanischen Stahlkonzerne jahrelang nicht einmal dann von produktionstechnischen Neuerungen Notiz nahmen, wenn die dadurch gegebene Möglichkeit zur Senkung der Produktionskosten völlig außer Zweifel stand" (E. Sohlen, Konzentration und Wettbewerb, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 6, v. 7. 2. 1967, S. 5).

3) A. Moxter, Der Einfluß von Publizitätsvorschriften. . . , a. a. O. , S. 195

4) J. Kahl, a. a. O. , S. 91 f.; H. Rasch, Gutachten, a. a. O. , S. 27 f.; C. E. Fischer, Die Reform des Aktiengesetzes, a. a. O. , S. 234 f.; vgl. A. Moxter, Bilanzierung und unsichere Erwartungen, a. a. O. , S. 629

Gesetz im Prinzip nichts geändert hat, gelten die Bedenken, die Kahl gegen die Regelung des alten Rechts vorbrachte, unvermindert - angesichts der Tatsache, daß die Anforderungen durch die neuen Bewertungsvorschriften erheblich anwachsen werden, sogar verstärkt: "(Es) ist nicht zu verkennen, daß auch die Wirtschaftsprüfer überfordert werden. Sie stehen in einem meist vornehmen, immerhin aber doch fühlbaren Konkurrenzkampf um ihre Aufträge. Nach dem Aktiengesetz wird der Wirtschaftsprüfer von der Hauptversammlung bestellt, in Wirklichkeit entscheidet in den weitaus meisten Fällen jedoch der Vorstand, wer genommen wird. Selten wird ein Wirtschaftsprüfer gegen den Willen des Vorstandes gewählt. Die laufende Arbeit geschieht in enger Zusammenarbeit mit dem Vorstand und dessen Beauftragten. Das Ergebnis ist, daß der Wirtschaftsprüfer leicht in einen Gewissenskonflikt gerät, wieweit er den Wünschen der Geschäftsführung nachgeben darf." 1)

Überhaupt nicht akzeptabel erscheint die bisherige Organisation des Prüfungswesens, wenn Erwägungen in Betracht gezogen werden, wie wir sie im Zusammenhang mit der Problematik der Offenlegung der tatsächlichen Ertragslage anstellen. Der Versuch, die Gewinnermittlungsrechnung möglichst zu objektivieren, würde es unbedingt erforderlich machen, den Prüfer aus seiner faktischen Abhängigkeitsstellung gegenüber der Unternehmensleitung zu befreien, und das um so eher, je mehr man Bestrebungen in Richtung auf eine Einheitsbilanz (Identität von Handels- und Steuerbilanz) verfolgen sollte.

Unter Berücksichtigung der Reformbedürftigkeit des Prüfungswesens, und zwar insbesondere für große Aktiengesellschaften, ist zu überlegen, inwieweit mit einem entsprechend gestalteten Institut der Abschlußprüfung auch unter dem Aspekt gesamtwirtschaftlicher Kontrolle der Großunternehmungen ein Vorteil verbunden sein kann. 2) Reinhardt 3) machte hierzu gerade unter der Zielsetzung "einer institutionellen Sicherung jener gesamtwirtschaftlichen Verantwortlichkeit im Sinne der Verhinderung eines hemmungslosen Unternehmensegoismus" einen bemerkenswerten Vorschlag, den man sich auch als Ausgangspunkt für Reformen vorstellen könnte, die das Ziel der Einheitsbilanz im Auge haben. Er möchte die Prüfung

1) J. Kahl, a. a. O., S. 91 f.

2) Eine Reformüberlegung, die darauf abzielt, der sog. Kundenabhängigkeit des Wirtschaftsprüfers durch einen lediglich turnusmäßigen Wechsel des Abschlußprüfers zu begegnen (vgl. P. Westrick, Abschlußprüfung und Abschlußprüfer nach geltendem und zukünftigem Aktienrecht, Heidelberg 1963, S. 86 f.) scheint uns von daher gesehen als nicht zweckmäßig zu sein. Zur Kritik des gesamten Vorschlags siehe R. Karoli, a. a. O., S. 397 f.

3) R. Reinhardt, Die gesellschaftsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen, a. a. O., S. 31 f.

durch eine Wirtschaftsprüferkammer, deren Besetzung jeweils nach einer bei der Industrie- und Handelskammer zu führenden Liste zu erfolgen hätte, vornehmen lassen. Die Weiterbildung würde hauptsächlich darin bestehen, "daß eine Kammer amtlich eingesetzt ist, und nicht wie heute der Wirtschaftsprüfer im Auftrag des Unternehmens handelt." ¹⁾ Diese Institution eignet sich nicht nur zur Überprüfung der Ordnungsmaßigkeit des Rechnungswesens. Gleichzeitig könnte die Prüfungsinstanz zu Aufgaben herangezogen werden, deren Erfüllung eigentlich in die Kompetenz der Kartellbehörde fallen. Es wäre denkbar, daß man dem Monopolamt bei Vorliegen von Verdachtsmomenten mißbrauchter Marktmacht das Recht einräumt, ein Sonderprüfungsverfahren bei der Prüferkammer zur Klärung des Verdachts zu beantragen. ²⁾ Eine derartige Regelung sollte insbesondere für die größten Unternehmen, unabhängig von ihrer Rechtsform, gelten.

Mit einer derartigen Verschärfung der Publizitätspflicht würde auch der von Besters geforderten Differenzierung der Publizitätsformen in Abhängigkeit des Tatbestandes dualistischer Wirtschaftsordnung Rechnung getragen werden. "Im Rahmen der dualistischen Wirtschaftsordnung wird die Wirtschaftspolitik mit zwei Formen der Publizität arbeiten müssen; Für die Mittelbetriebe mit einer beschränkten, für die Großbetriebe mit einer verschärften Publizitätspflicht." ³⁾ Mit einer solchen Neuregelung des Prüfungswesens für Großunternehmen dürfte nicht nur ein besonderer Beitrag zur effizienteren Gestaltung gesamtwirtschaftlicher Kontrollmöglichkeiten geleistet sein, sondern es wäre damit auch eine prophylaktische Wirkung gegen weitere Konzentrationen verbunden. ⁴⁾

1) R. Reinhardt, Die gesellschaftsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen, a. a. O., S. 31 f. Eine mögliche Alternative stellte der Vorschlag dar, ein Bundesbilanzamt zu institutionalisieren, wie es etwa J. Kahl (a. a. O., S. 92 ff.) getan hat.

2) R. Reinhardt will das Recht, eine solche Sonderprüfung zu beantragen, auch den Verbrauchern, Arbeitnehmern und Konkurrenten geben (Die gesellschaftsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen, a. a. O., S. 32); vergleichbare Bestrebungen finden sich in dem holländischen Regierungsentwurf zur Reform des Unternehmensrechtes (siehe hierzu: Reform des Unternehmensrechtes in Holland, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 128 v. 4. 6. 1968, S. 14).

3) H. Besters, Aspekte der Konzentration, a. a. O., S. 328; zu den Möglichkeiten einer weiteren Abstufung vgl. J. Kraske, a. a. O., S. 164 ff. sowie die dort angegebene Literatur

4) H. Besters, Aspekte der Konzentration, a. a. O., S. 328

SCHLUSS

Der Gesetzgeber hat mit dem neuen Aktiengesetz von der Konzentrationsproblematik her gesehen ein beträchtliches Stück Arbeit geleistet. Trotzdem bleibt das Aktiengesetz unter diesem Aspekt unbefriedigend.

(1) Die Zusammenfassung der Ergebnisse unserer kritischen Würdigung im Rahmen von Teil A hat in zwei Stufen zu erfolgen.

(a) Die grundsätzliche Entscheidung, dem Aktienrecht seinen traditionell gesellschaftsrechtlichen Charakter zu bewahren, ist zu begrüßen. Mit interessenpluralistisch orientierter Unternehmungsverfassungspolitik sind sich zwar unbestreitbar prophylaktische Wirkungen gegen übermäßige (unerwünschte) Konzentration verbunden. Das gilt auch für die unternehmungsverfassungsmäßige Institutionalisierung des öffentlichen Interesses, dem angesichts fortschreitender Konzentration bzw. daraus folgender Überwindung des Wettbewerbs in gesamtwirtschaftlicher Sicht immer mehr Bedeutung zukommt. Reformbestrebungen, in Großunternehmen das öffentliche Interesse in der Unternehmungsverfassung zu verankern, können aus grundsätzlichen wie praktischen Gründen - je nach Motivierung und Organisation der hierfür infrage kommenden Modelle - nicht gutgeheißen werden. Nicht die Rechtfertigung, durch rechts- und wirtschaftspolitische Maßnahmen auf die Beachtung von Interessen des Gemeinwohls bei Großunternehmen hinzuwirken, ist zu kritisieren, sondern die (unternehmensrechtliche) Form des Vorgehens. Der Gefahr übermäßiger Konzentration kann in Abhängigkeit von Kriterien dominierender Marktstellung mit speziell wettbewerbsrechtlichen Vorkehrungen entgegengewirkt werden, und zwar ohne die Nachteile, die mit permanenter Anwesenheit von Vertretern des öffentlichen Interesses in den Organen der Großunternehmen verbunden wären.

(b) Im Bereich der inneren Organisation steht die Beurteilung des Abbaus konzentrationsfördernder Bestimmungen im Zentrum der Erörterungen. Während der Zuständigkeitsregelung im Hinblick auf die Feststellung des Jahresabschlusses zugestimmt werden kann, ist das Ausmaß der Verwaltungskompetenz zur Bildung offener Rücklagen unter dem Aspekt der Einengung der Selbstfinanzierungsmöglichkeit zu kritisieren.

Der Kritik ist auch die Regelung des Stimmrechts im neuen Aktienrecht ausgesetzt. Unter dem Aspekt konzentrationshemmender Aktienrechtspolitik ergibt sich die auf längere Sicht als notwendig erachtete Stimmrechtsbegrenzung für juristische Personen in anderen juristischen Personen. Die damit ausgelöste Tendenz zur Fusion ist

wirtschaftspolitisch unbedenklicher als die Zulassung der Konzernierung. Mit der Fusion sind mögliche Konzentrationsvorteile ebenso zu erreichen. Machtkonzentration würde lediglich teurer und insofern auch der Konzentrationsprozeß gebremst werden.

Als weitgehend verfehlt stellt sich die Reform des Depotstimmrechts heraus. Die derzeitige Lösung dürfte in Publikumsgesellschaften kaum geeignet sein, die autonome Verwaltung mehr als bisher unter eine Kontrolle zu stellen, die auch tatsächlich vom Interesse der Aktionäre ausgeht. Eine wirkliche Änderung der Situation scheint nur möglich zu sein, wenn auf den materiellen Inhalt der Stimmrechtsausübung Einfluß genommen wird. Das könnte auf direkte Weise geschehen, z. B. durch die Bindung der Depotbanken an Empfehlungen von Aktionärsausschüssen, die bei Publikumsgesellschaften zu bilden wären. Es ließe sich aber auch die Möglichkeit indirekter Einwirkung vorstellen, etwa durch bewußte Förderung von sog. Aktionärsvereinen als Konkurrenten der Depotbanken in Fragen der Stimmrechtsvertretung.

(2) Bei der kritischen Würdigung der Haftungsregelung im Aktiengesetz von 1965 stehen naturgemäß die wesentlichsten Teile des neuen Konzernrechts im Vordergrund. Die Konzernierung zieht insbesondere Haftungsbestimmungen in Mitleidenschaft, die sich traditionellerweise am Leitbild der Publikumsaktiengesellschaft orientieren. Die Anwendung des wirtschaftsverfassungsrechtlichen Haftungsprinzips im konzern- bzw. gesellschaftsinternen Bereich führt zu der Frage eines wirklichen Minderheitenschutzes; im Außenverhältnis (gegenüber den Gläubigern) geht es hingegen um das Problem der Zusammenführung von rechtlicher und wirtschaftlicher Einheit. Sowohl die Verbesserung des Minderheitenschutzes im Konzern als auch die Ausdehnung der Haftung der Muttergesellschaft für die Schulden der Tochterunternehmen vermindern die Vorteile der Konzernierung gegenüber der Fusion und wirken dadurch konzentrationshemmend. Die Untersuchung der Wirksamkeit des gesellschaftsinternen Haftungsrechts im Konzern bietet Anlaß zu erheblicher Kritik, und zwar einmal im Hinblick auf Vorschriften, welche die Konzerne mit rechtlich anerkannter Leitungsmacht betreffen (insbesondere die Regelung der Ausgleichszahlungen); zum andern kann die rechtliche Organisation der Konzerne ohne rechtlich anerkannte Leitungsmacht überhaupt nicht befriedigen. Im Interesse einer wirklichen Gewährleistung vermögensmäßiger Gleichbehandlung aller Aktionäre halten wir die Zulassung der Konzerne ohne rechtlich anerkannte Leitungsmacht schon gar nicht und bei denen mit rechtlich anerkannter Leitungsmacht eigentlich nur die Eingliederung für vertretbar. Man könnte aber ebenso daran denken, letzten Endes als Unternehmenskonzentration - abgesehen von dem inneren Wachstum - nur noch die Fusion zu gestatten.

Auch die Regelung der Schuldenhaftung im Konzern ist zu kritisieren. Von der gesetzlichen Regelung kann wiederum nur die Eingliederung als unechte Fusion akzeptabel erscheinen, denn materiell gesehen besteht hier die Identität von rechtlicher und wirtschaftlicher Einheit. Sollte sich der Gesetzgeber für die alleinige Zulassung der Fusion entscheiden, dann würde sich das Problem der voneinander getrennten rechtlichen und wirtschaftlichen Einheit von selbst lösen. Konzernprobleme betreffen vorrangig das Aktienrecht, aber nicht ausschließlich: Es bleibt zu hoffen, daß die dringende Neuordnung des GmbH-Rechts sich ebenfalls dieser Probleme annimmt.

(3) Mit den neuen Publizitätsvorschriften ist der Gesetzgeber zwar wesentlichen Reformwünschen entgegengekommen. Aus der Sicht der Konzentrationsproblematik ist dabei besonders auf das Verbot der Legung willkürlicher stiller Reserven und auf die Einführung der Konzernpublizität, einschließlich der Beteiligungspublizität (Mitteilungspflicht), hinzuweisen. Eine verstärkte Offenlegung der Ertragslage (über das Verbot willkürlicher Unterbewertung hinausgehend) wird von uns für möglich gehalten, wenn die Bilanzierung von einer weitgehenden Trennung von Gewinnermittlungs- und Gewinnverwendungsrechnung ausgeht. Unter Berücksichtigung der Zielsetzung, den Konzern als wirtschaftliche Einheit publizitätsmäßig zu erfassen, bietet auch die Regelung der Konzernpublizität noch Angriffsflächen.

Die wirtschaftspolitische Einsatzmöglichkeit des Publizitätsinstrumentes - von den verbleibenden notwendigen Einzelverbesserungen der aktienrechtlichen Publizität abgesehen - scheint uns gerade im Hinblick auf die volkswirtschaftlichen Probleme, die aus dem Konzentrationsprozeß resultieren, nicht erschöpft zu sein. Zunächst ist dringend erforderlich, Unternehmen gleicher Größenordnung in dieser Hinsicht derselben Rechtsverfassung zu unterwerfen. Es bleibt zu hoffen, daß der bis jetzt noch sorgfältig vom Bundesjustizministerium gehütete Gesetzentwurf über die Einführung der Publizitätspflicht für Nichtaktiengesellschaften ab einer bestimmten Größenordnung ¹⁾ bald dem Parlament zugeleitet wird.

1) Vgl. hierzu H. -J. Grobe, Größe verpflichtet, in: Der Volkswirt, 21. Jg. (1967), S. 1570 ff.; zu den zahlreichen Vorschlägen, die ein Abgehen von der Rechtsform als Bestimmungsgrund für die Publizitätspflicht fordern vgl. z. B. M. Lohmann, Die Erfolgsrechnung im Jahresabschluß - ein Beitrag zur Reform der Gewinn- und Verlustrechnung, in: Der Wirtschaftsprüfer, 4. Jg. (1951), S. 217; W. Eich, Die Reform der Bewertungsvorschriften für die Handelsbilanz und das Publizitätsproblem, in: Schriftenreihe Praktische Betriebswirtschaft, Heft 4, Berlin 1948, S. 78; H. W. Köhler, Rechtsform und Unternehmensverfassung, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 115. Bd. (1959), S. 475; K. Hax, Be-

Wir sahen aber auch, daß die Reform der ohnehin problematisch gewordenen Regelung der Abschlußprüfung bei großen Aktiengesellschaften sich mit der Notwendigkeit verbesserter gesamtwirtschaftlicher Kontrolle von Großunternehmen gut in einem Reformwerk verbinden lassen würde. Gleichzeitig könnte mit Hilfe einer solchen differenzierenden Regelung prophylaktisch der Gefahr übermäßiger und unerwünschter Konzentration entgegengewirkt werden.

Fortsetzung der Fußnote 1) von Seite 132:

triebswirtschaftliche Probleme der Konzentration, a. a. O., S. 96 f.; J. Kraske, a. a. O., S. 153 ff.

LITERATURVERZEICHNIS

- Albach, Horst Die Rechtsverhältnisse verbundener Unternehmen, in: Neue Betriebswirtschaft, 19. Jg. (1966), S. 203 ff.
- Arbeitsgemeinschaft der Schutzvereinigungen für Wertpapierbesitz (Hrsg.), Denkschrift zur Reform des Aktienrechts, Düsseldorf 1952
- Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer (Hrsg.), Übermäßige Konzentration, ihre Gefahren und Möglichkeiten der Eindämmung (Denkschrift), Bonn 1959
- Arndt, Helmut (Hrsg.) Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. I/II/III, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N. F., Bd. 20/I-III, Berlin 1960
- Ders. Begriff und Arten der Konzentration, in: H. Arndt (Hrsg.), Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. I, a. a. O., S. 3 ff.
- Arndt, Helmut Aktuelle Probleme der Konzentration, in: Die Aussprache, 15. Jg. (1965), S. 211 ff.
- Ausschuß zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft (Hrsg.), 1. Unterausschuß, 3. Arbeitsgruppe, Wandlungen in den wirtschaftlichen Organisationsformen, III. Teil, Generalbericht, Berlin 1930
- Bain, Joe S. Barriers to New Competition, 3. Aufl. Cambridge 1965
- Ballerstedt, Kurt Unternehmen und Wirtschaftsverfassung, in: Juristenzeitung, 6. Jg. (1951), S. 486 ff.
- Ders. Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts (Bericht der Studienkommission des Deutschen Juristentages), Teil I, Tübingen, 1955
- Ders. Die Verfassung der Aktiengesellschaft und der Organschaftsvertrag, in: Der Betrieb, 10. Jg. (1957), S. 837 ff.

- Ders. Gesellschaftsrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration, in: H. Arndt (Hrsg.), Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. II, a. a. O., S. 871 ff.
- Ders. Aktienrechtsreform und Unternehmensverfassung, in: Forschungsstelle der Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Zur großen Aktienrechtsreform, a. a. O., S. 33 ff.
- Barz, Carl H.
Claussen, Carsten P.
u. a. (Hrsg.) Das Frankfurter Publizitätsgespräch, Frankfurt/M 1962
- Berle, Adolf A. The 20th Century Capitalist Revolution, New York 1954
- Berle, Adolf A.
Means, Gardiner C. The Modern Corporation and Private Property, New York 1932
- Besters, Hans Aspekte der Konzentration, in: Die Aussprache, 12. Jg. (1962), S. 324 ff.
- Ders. Soziale Marktwirtschaft: Grundgedanken und Programm, in: Die Fortbildung, 8. Jg. (1963), S. 33 ff.
- BGBI. 1951/I/Nr. 24, Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen- und Stahl erzeugenden Industrie
- BGBI. 1952/I/Nr. 43, Betriebsverfassungsgesetz
- BGBI. 1956/I/Nr. 38, Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung (Mitbestimmungsergänzungsgesetz)
- BGBI. 1959/I/Nr. 55, Gesetz über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und über die Gewinn- und Verlustrechnung
- BGBI. 1965/I/Nr. 48 Aktiengesetz v. 6. 9. 1965; Einführungsgesetz zum Aktiengesetz
- Biedenkopf, Kurt H. Privateigentum, Mitbestimmung und Wettbewerbsordnung, in: Die Aussprache, 16. Jg. (1966), S. 186 ff.

- Biedenkopf, Kurt H.
Coing, Helmut (Hrsg.)
Mestmäcker, Ernst-J.
- Blum, Reinhard
- Böhm, Franz
- Ders.
- Ders.
- Ders.
- Ders.
- Borchardt, Knut
- Brestel, Heinz
- Bühler, Ottmar
- Ders.
- Das Unternehmen in der Rechtsordnung,
Festgabe für H. Kronstein, Karlsruhe 1967
- Der Wettbewerb im wirtschaftspolitischen
Konzept, in: Zeitschrift für die gesamte
Staatswissenschaft, Bd. 121 (1965), S. 60 ff.
- Die Ordnung der Wirtschaft als geschicht-
liche Aufgabe und rechtsschöpferische Lei-
stung, Stuttgart-Berlin 1937
- Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht
der Arbeitnehmer im Betrieb, in: Ordo,
Bd. IV (1951), S. 21 ff.
- Das Kartellproblem, in: Schweizerische
Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statis-
tik, 87. Jg. (1951), S. 193 ff.
- Die rechtliche Problematik der paritätischen
Mitbestimmung, in: G. Briefs (Hrsg.)
Mitbestimmung?, Stuttgart 1959, S. 121 ff.
- Demokratie und ökonomische Macht, in:
Institut für ausländisches und internationa-
les Wirtschaftsrecht an der Johann-Wolf-
gang-Goethe Universität Frankfurt/M. (Hrsg.)
Kartelle und Monopole im modernen Recht,
Bd. I, Karlsruhe 1961, S. 3 ff.
- Zur Problematik eines optimalen Konzen-
trationsgrades, in: Jahrbücher für National-
ökonomie und Statistik, Bd. 176 (1964),
S. 9 ff.
- Besprechung von G. W. Engler (Vor Aktien
wird gewarnt, a. a. O.), in: Frankfurter
Allgemeine Zeitung, Nr. 94, s. 22. 4. 1967,
S. 5
- Steuerrecht der Gesellschaften und Kon-
zerne, 3. Aufl., Berlin-Frankfurt/M 1956
- Aktienrechtsreform dringlich geworden, in:

Die Aktiengesellschaft, 2. Jg. (1957),
S. 135 ff.

Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft (Hrsg.), Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, 22. Bd., Berlin-Köln 1957, Nr. 26, S. 226 ff.

Bundesjustizministerium (Hrsg.), Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Bonn 1958

Bundsvorstand des Deutschen Gewerkschaftsbundes (Hrsg.), Aktienrechtsreform und Mitbestimmung, Düsseldorf o. J.

Busse von Colbe, Walther Substanzerhaltung, in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 3. Bd., 3. Aufl., Stuttgart 1957, Sp. 5310 ff.

Ders. Gewinnrücklagen im veröffentlichten Jahresabschluß unter Berücksichtigung des Regierungsentwurfes eines Aktiengesetzes, in: Zeitschrift der Betriebswirtschaft, 32. Jg. (1962), S. 385 ff.

Ders. Die Planung der Betriebsgröße, Wiesbaden 1964

Ders. Der Konzernabschluß nach neuem Aktienrecht, in: Die Aktiengesellschaft, 11. Jg. (1966), S. 269, 308, 350 ff.

Ders. Aufbau und Informationsgehalt von Kapitalflußrechnungen, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft, 36. Jg. (1966), S. 82 ff.

Caemmerer, Ernst von Publizitätsinteressen der Öffentlichkeit und Gesellschaftsrecht, in: C. H. Barz, C. P. Claussen u. a. (Hrsg.), a. a. O., S. 141 ff.

Ders. Europäische Aktiengesellschaft, in: K. H. Biedenkopf, H. Coing, E. J. Mestmäcker (Hrsg.), a. a. O., S. 171 ff.

Claussen, Carsten P. Konzerne vor der Entscheidung, in: Der Volkswirt, 20. Jg. (1966), S. 51 ff.

Ders. Gläserne Taschen - leicht mattiert, in: Der Volkswirt, 22. Jg. (1968), S. 30 ff.

- | | |
|--|--|
| Deutscher Bundestag
Drucksachen II/1158 u. II/3644 | Begründung zum Entwurf eines Gesetzes
gegen Wettbewerbsbeschränkungen; Schrift-
licher Bericht des Wirtschaftsausschusses
hierzu |
| Drucksachen III/416 u. III/1409 | Entwurf eines Gesetzes über die Kapital-
erhöhung aus Gesellschaftsmitteln und
über die Gewinn- und Verlustrechnung;
Schriftlicher Bericht des Wirtschaftsaus-
schusses hierzu |
| Drucksache IV/171, Begründung eines Regierungsentwurfs eines Aktiengesetzes | |
| Drucksach IV/617, Bericht über Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen | |
| Drucksache IV/2320, Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentra-
tion in der Wirtschaft (zitiert als Konzen-
trationsenquete); Anlagenband zur Kon-
zentrationenquete (zu: Drucksache IV/2320) | |
| Deutscher Industrie- und Handelstag (Hrsg.) Tätigkeitsbericht 1958/59 | |
| Drobnig, Ulrich | Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaf-
ten, Frankfurt/M. 1959 |
| Duden, Konrad | Zum Referentenentwurf eines neuen Ak-
tiengesetzes, in: Der Betriebs-Berater,
13. Jg.(1958), S. 1101 ff. |
| Dülfer, Eberhard | Die Aktienunternehmung, Göttingen 1962 |
| Edwards, Corwin D. | Maintaining Competition, New York-To-
ronto-London 1949 |
| Eggmann, Emil | Der Staat und die Kartelle, Zürich 1945 |
| Eich, Wilhelm | Die Reform der Bewertungsvorschriften
für die Handelsbilanz und das Publizitäts-
problem, in: Schriftenreihe Praktische
Betriebswirtschaft, Heft 4, Berlin 1948 |
| Engler, Georg W. | Vor Aktien wird gewarnt, München 1967 |
| Eucken, Walter | Das ordnungspolitische Problem, in: Ordo,
Bd. I (1948), S. 56 ff. |

- Ders. Technik, Konzentration und Ordnung der Wirtschaft, in: Ordo, Bd. III (1950), S. 3 ff.
- Ders. Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 3. Aufl., Tübingen-Zürich 1960
- Eßer, Josef Gliederungsvorschriften, Bewertung, Gewinnverwendung und Pflichtangaben nach dem Aktiengesetz 1965, in: Die Aktiengesellschaft, 10. Jg. (1965), S. 310, 360 ff.
- Fabri, Theodor Die Kleinaktie, Berlin 1959
- Fertsch-Röver, Dieter Nachhol-Konzentration in Europa?, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 124 v. 31. 5. 1965, S. 17
- Fischer, Curt Die Reform des Aktiengesetzes, in: Archiv für civilistische Praxis, Bd. 154 (1955), S. 181 ff.
- Ders. Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht, in: Archiv für civilistische Praxis, Bd. 154 (1955), S. 85 ff.
- Ders. Das Depotstimmrecht der Banken und die Reform des Aktiengesetzes, in: Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung, N. F., 10. Jg. (1958), S. 28 ff.
- Ders. Halbe Maßnahmen im neuen Konzernrecht, in: Die Zeit, Nr. 2 v. 9. 1. 1959, S. 11 ff.
- Ders. Die Unternehmenskonzentration als Gegenstand wirtschaftsordnender und gesellschaftsrechtlicher Gesetzgebung, Schriftenreihe 'Der selbständige Unternehmer', Heft 16, Bonn 1960
- Flume, Werner Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Düsseldorf 1958
- Ders. Diskussionsbeitrag, in: C. H. Barz, C. P. Claussen u. a. (Hrsg.), a. a. O., S. 183 ff.
- Ders. Die konzernrechtliche Gestaltung im Ak-

- tienrecht, in: Forschungsstelle der Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Zur großen Aktienrechtsreform, a. a. O., S. 65 ff.
- Forschungsstelle der Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Zur großen Aktienrechtsreform, Schriftenreihe der Forschungsstelle der Friedrich-Ebert-Stiftung, Hannover 1962
- Dies., Aktienrecht und Rechtswirklichkeit, aktuelle Beiträge, Heft 2, Hannover 1964
- Gessler, Ernst Der Schutz der abhängigen Gesellschaft, in: B. Samson (Hrsg.), a. a. O., S. 247 ff.
- Ders., Vollendete oder nur begonnene Aktienrechtsreform?, in: Die Aktiengesellschaft, 10. Jg. (1965), S. 343 ff.
- Ders., Probleme des neuen Konzernrechts, in: Der Betrieb, 18. Jg. (1965), S. 1691, 1729 ff.
- Giersch, Herbert Allgemeine Wirtschaftspolitik, Grundlagen, Wiesbaden, 1961
- Ders., Aufgaben der Strukturpolitik, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 9. Jahr (1964), S. 61 ff.
- Godin-Wilhelmi Aktiengesetz vom 6. 9. 1965, Kommentar, 3. Aufl., Berlin 1967
- Grobe, Hans-J. Größe verpflichtet, in: Der Volkswirt, 21. Jg. (1967), S. 1570 ff.
- Gross, Herbert "Mitbestimmung" der Aktionäre, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 176, v. 2. 8. 1952, S. 7
- Großfeld, Bernhard Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1968
- Gunzert, Rudolf Was ist Konzentration, Frankfurt/M. 1960
- Gutenberg, Erich Bilanztheorie und Bilanzrecht, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft, 35. Jg. (1965), S. 13 ff.

- Habscheid, Walther-J. Haftung, in: Staatslexikon, Bd. 3, Freiburg/Br. 1959, S. 1158 ff.
- Hart, Peter H. Concentration and its Measurement in the United Kingdom, in: H. Arndt (Hrsg.), Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. I, a. a. O., S. 653 ff.
- Hax, Karl Aufgaben und Bedeutung der Aktiengesellschaft, in: Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung N. F., 2. Jg. (1950), S. 245 ff.
- Ders. Die allgemeinwirtschaftliche Bedeutung von Rechnungslegungsvorschriften und Statistik, in: W. Rohrbeck (Hrsg.), 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht, Berlin 1952, S. 269 ff.
- Ders. Wesen und wirtschaftliche Bedeutung der stillen Reserven, in: H. Ulrich, F. Trechsel (Hrsg.), Aktuelle Fragen der Unternehmung, Bern 1957, S. 91 ff.
- Ders. Konzernprobleme und Aktienrechtsreform in theoretischer Sicht, in: H. Linhardt (Hrsg.), Betriebsgröße und Unternehmungskonzentration, a. a. O., S. 45 ff.
- Ders. Betriebswirtschaftliche Probleme der Konzentration, in: F. Neumark (Hrsg.), a. a. O., S. 61 ff.
- Ders. Unternehmungswachstum und Unternehmungskonzentration in der Industrie, in: Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung, N. F., 13. Jg., (1961), S. 1 ff.
- Ders. Aktienreform und Publizität der Unternehmungen, in: Forschungsstelle der Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Zur großen Aktienrechtsreform, a. a. O., S. 93 ff.
- Hayek, Friedrich A. v. Strukturpolitik und Wettbewerbswirtschaft, in: Die Aussprache, 9. Jg. (1959), S. 215 ff.

Heigl, Anton

Der aktienrechtliche Prüfungsauftrag beim Abhängigkeitsbericht und die Prämissen für die Auftragerfüllung, in: Zeitschrift für das gesamte Rechnungswesen, 14. Jg. (1968), S. 1, 27 ff.

Heinen, Edmund

Handelsbilanzen, 2. Aufl., Wiesbaden 1962

Hengeler, Hans (Hrsg.)

Beiträge zur Aktienrechtsreform, Heidelberg 1959

Herrmann, Walther

Betriebsgröße und Unternehmungskonzentration in der Industrie, in: H. Linhardt (Hrsg.), Betriebsgröße und Unternehmungskonzentration, a. a. O., S. 91 ff.

Heuß, Ernst

Die Wettbewerbs- und Wachstumsproblematik des Oligopols, in: H. K. Schneider (Hrsg.), a. a. O., S. 50 ff.

Hoppmann, Erich

Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Bd. 179 (1966), S. 286 ff.

Ders.

Workable Competition (Funktionsfähiger Wettbewerb), in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bd. 102 (1966), S. 249 ff.

Ders.

Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: H. Besters (Hrsg.), Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Th. Wessels zum 65. Geburtstag, Berlin 1967, S. 145 ff.

Ders.

Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktischen Definition des Wettbewerbs, in: H. K. Schneider (Hrsg.), a. a. O., S. 9 ff.

Hornef, Heinrich

Bruttoüberschußziffern als Mittel zur Beurteilung der Ertragskraft, in: Neue Betriebswirtschaft, 15. Jg. (1962), S. 56, 73 ff.

- Ders. Was verlangt das neue Gesetz?, in: Der Volkswirt, 19. Jg. (1965), S. 1257 ff.
- Illetschko, Leopold L. Die Publizität der Kapitalgesellschaften im Auslande, in: Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung, N.F., 10. Jg. (1958), S. 413 ff.
- Institut der Wirtschaftsprüfer (Hrsg.), Ergänzende Vorschläge zur Aktienrechtsreform, Düsseldorf 1958
- Jochimsen, Reimut Selbstfinanzierung, in: Staatslexikon, Bd. 7, Freiburg 1962, S. 33 ff.
- Janberg, Hans Finanzierung und Finanzpolitik, in: H. Janberg (Hrsg.), Finanzierungshandbuch, Wiesbaden 1964, S. 25 ff.
- Käfer, Karl Konzentration und Publizität, in: H. Arndt (Hrsg.), Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. III, a. a. O., S. 1603 ff.
- Kahl, Joachim Macht und Markt, Berlin 1956
- Kantzenbach, Erhard Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Göttingen 1966
- Ders. Dynamischer Wettbewerb und oligopolistisches Marktverhalten, in: H. Jürgensen (Hrsg.), Gestaltungsprobleme der Weltwirtschaft, Festschrift für A. Predoehl, Göttingen 1964, S. 194 ff.
- Karoli, Richard Die Stellung des Abschlußprüfers nach dem künftigen Aktienrecht, in: Die Wirtschaftsprüfung, 17. Jg. (1964), S. 394 ff.
- Klug, Ulrich Die Neuordnung des Bankenstimmrechts, in: B. Samson (Hrsg.), a. a. O., S. 39 ff.
- Koch, Erich Die Feststellung des Jahresabschlusses nach § 125 Abs. 2 AktG, in: Die Aktiengesellschaft, 9. Jg. (1964), S. 157 ff.
- Köhler, Herbert W. Unternehmensverfassung und Aktienrechtsreform, in: Juristenzeitung, 11. Jg. (1956), S. 137 ff.

- Ders. Rechtsform und Unternehmensverfassung, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 115. Bd., (1959), S. 716 ff.
- Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (Hrsg.), Das Problem der Unternehmenskonzentration im Gemeinsamen Markt, Denkschrift vom 1. 12. 1965, abgedr. in: Wirtschaft und Wettbewerb, 16. Jg. (1966), S. 330 ff.
- Koppenberg, Hans-J. Diskussionsbeitrag, in: C. H. Barz, C. P. Claussen u. a. (Hrsg.), a. a. O., S. 189 f.
- Kosiol, Erich Bilanzreform und Einheitsbilanz, 2. Aufl., Berlin-Stuttgart 1949
- Kraske, Jochen Die Publizitätspflicht der Großunternehmung, Diss. Freiburg/Br. 1962
- Kronstein, Heinrich Die abhängige juristische Person, München-Berlin-Leipzig 1931
- Ders. Die Publizität außerhalb der Aktiengesellschaft, in: Der Betriebs-Berater, 19. Jg. (1964), S. 1055 ff.
- Ders. Publizität und Gewinnverteilung im neuen Aktienrecht, Frankfurt/M 1960
- Claussen, Carsten P.
- Kropff, Bruno Aktiengesetz (Textausgabe), Düsseldorf 1965
- Ders. Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965, in: Der Betriebs-Berater, 20. Jg. (1965), S. 1281 ff.
- Ders. Der faktische Konzern als Rechtsverhältnis, in: Der Betrieb, 20. Jg. (1967), S. 2147, 2204 ff.
- Kruk, Max Die Konzerne passen sich an, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 255 v. 2. 11. 1965, S. 17
- Kunze, Otto Rechtsprobleme der Mitbestimmung im Großunternehmen, in: Das Mitbestimmungsgespräch, 3. Jg. (1957), Heft 7/8, S. 18 ff.

- Ders., Von der Reform des Aktienrechts zur Reform des Unternehmensrechts, in: Das Mitbestimmungsgespräch, 6. Jg. (1960), Heft 11, S. 10 ff.
- Ders., Von der wirtschaftlichen Mitbestimmung zur Unternehmensverfassung, in: K. Ne-mitz, R. Becker (Hrsg.), a. a. O., S. 133 ff.
- Ders., Die Publizität des Großunternehmens, in: H. Achinger, L. Preller, H. J. Wallraff (Hrsg.), Normen der Gesellschaft, Festgabe für O. v. Nell-Breuning, Mannheim 1965, S. 292 ff.
- Ders., Die Verfassung großer Unternehmen als gesellschaftspolitisches Problem, in: C. Böhrer, D. Grosser (Hrsg.), Interdependenzen von Politik und Wirtschaft, Festgabe für Gert von Eynern, Berlin 1967, S. 189 ff.
- Kutzenberger, Gerhard Mitbestimmung der Aktionäre, Berlin 1964
- Lampert, Heinz Die Wirtschafts- und Sozialordnung der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., München-Wien 1966
- Le Coutre, Walter Die ordnungsmäßige Buchführung im Handels- und Steuerrecht - betriebswirtschaftlich gesehen, in: E. Heinen (Hrsg.), Steuern und Unternehmungspolitik, Festschrift für E. Aufermann, Wiesbaden 1958, S. 11 ff.
- Leffson, Ulrich Der Jahresabschluß in der Aktienrechtsreform, Wiesbaden 1961
- Lenel, Hans O. Ursachen der Konzentration, Tübingen 1962
- Ders., Die Diskussion über die Aktienrechtsreform, in: Ordo, Bd. XIII (1962), S. 425 ff.
- Ders., Wachstum der Wirtschaft und Wachstum der Unternehmungen, in: Ordo, Bd. XV/XVI (1965), S. 141 ff.
- Ders., Ursachen und Wirkungen der Konzentra-

- Liefmann, Robert
- Kartelle, Konzerne, Trusts, 8. Aufl., Stuttgart 1930
- Lindahl, Martin L.
Carter, William A.
- Corporate Concentration and Public Policy, 3rd ed., Englewood Cliffs (N. J.) 1959
- Linhardt, Hanns (Hrsg.)
- Betriebsgröße und Unternehmungskonzentration, Nürnberger Abhandlungen zu den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Heft 10, Berlin 1959
- Ders.
- Mitbestimmung der Aktionäre, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, 13. Jg. (1961), S. 1 ff.
- Ders.
- Zur Bildung von Aktionärsausschüssen, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, 13. Jg. (1961), S. 321 ff.
- Lipfert, Helmut
- Gefahren der Konzentration für den Streubesitz, in: H. Arndt (Hrsg.), Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. III, a. a. O., S. 1661 ff.
- Lohmann, Martin
- Die Erfolgsrechnung im Jahresabschluß - Ein Beitrag zur Reform der Gewinn- und Verlustrechnung, in: Der Wirtschaftsprüfer, 4. Jg. (1951), S. 157, 215 ff.
- Ders.
- Antiquierte Unternehmensverfassung, in: Der Volkswirt, 15. Jg. (1961), Nr. 51/52, S. 65 ff.
- Lücke, Wolfgang
- Betriebs- und Unternehmungsgröße, Stuttgart 1967
- Machlup, Fritz
- Wettbewerb, in: HdSW, Bd. 12, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1965, S. 36 ff.
- Maier, Karl F.
- Das Verlangen nach sozialer Sicherheit, in: Ordo, Bd. III (1950), S. 19 ff.
- Marx, Karl
- Das Kapital, I. Bd., hrsg. v. K. Kautsky, Stuttgart 1914

- Mellerowicz, Konrad
Rechnungslegung und Konzernabschluß,
in: H. Hengeler (Hrsg.), a. a. O., S. 197 ff.
- Menzel, Adolf
Die wirtschaftlichen Kartelle und die Rechts-
ordnung, in: Schriften des Vereins für Soci-
alpolitik, Bd. 61 (1895), S. 23 ff.
- Mertens, Paul
Konzentration, Konzernprobleme und Ak-
tienreform, in: H. Linhardt (Hrsg.), Betriebs-
größe und Unternehmungskonzentration,
a. a. O., S. 147 ff.
- Mestmäcker, Ernst J.
Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte
der Aktionäre, Karlsruhe 1958
- Ders.
Die Unternehmenskonzentration im aus-
ländischen Recht, in: H. Arndt (Hrsg.),
Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. II,
a. a. O., S. 989 ff.
- Ders.
Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft
zur Rechtswissenschaft im Aktienrecht, in:
L. Raiser, H. Sauermann, E. Schneider (Hrsg.)
Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft
zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Sta-
tistik, Schriften des Vereins für Socialpoli-
tik, N. F., Bd. 33 Berlin 1964, S. 103 ff.
- Ders.
Probleme der Konzentration im neuen
Recht der verbundenen Unternehmen, in:
Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht
1967/68, hrsg. vom Institut für Steuer-
recht der Rechtsanwaltschaft e. V. Bochum,
Herne 1967, S. 99 ff.
- Ders.
Zur Systematik des Rechts der verbundenen
Unternehmen im neuen Aktiengesetz, in:
K. H. Biedenkopf, H. Coing, E. J. Mestmä-
cker (Hrsg.), a. a. O., S. 129 ff.
- Meyer, Fritz W.
Die Leistungsfähigkeit der Planwirtschaft,
in: F. Greiß, F. W. Meyer (Hrsg.), Wirt-
schaft, Gesellschaft und Kultur, Festgabe
für A. Müller-Armack, Berlin 1961, S. 53 ff.

Meyer, Fritz W.

Die ordnungspolitische Bedeutung der Aktienrechtsreform, in: U. Leffson, a. a. O., S. 9 ff.

Miksch, Leonhard

Die Wirtschaftspolitik des Als-Ob, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 105. Bd. (1949), S. 310 ff.

Möhring, Philipp

Die gesetzliche Regelung der Unternehmensverbindungen im neuen Aktiengesetz, in: Neue juristische Wochenschrift, 20. Jg. (1967), S. 1 ff.

Molsberger, Josef

Zwang zur Größe? Zur These von der Zwangsläufigkeit der wirtschaftlichen Konzentration, Köln 1967

Moxter, Adolf

Der Einfluß der Publizitätsvorschriften auf das unternehmerische Verhalten, Köln-Opladen 1967

Ders.

Bilanzierung und unsichere Erwartungen, in: Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung, N. F., 14. Jg. (1962), S. 607 ff.

Müller, J. Heinz

Zu Salins These von der Unentrinnbarkeit der Konzentration, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 118 (1962), S. 278 ff.

Ders.

Konzentration und Wettbewerb, in: F. Neumarch (Hrsg.), a. a. O., S. 117 ff.

Müller-Erzbach, Rudolf

Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948

Muthesius, Volkmar

Die Aktie im Schlagwort - Nebel, in: Monatsblätter für freiheitliche Wirtschaftspolitik, 4. Jg. (1958), S. 707 ff.

Nemitz, Kurt
Becker, Richard (Hrsg.)

Gewerkschaft, Wirtschaft, Gesellschaft, Köln 1963

Nemitz, Kurt

Machtkonzentration und Machtkontrolle

- Neumark, Fritz (Hrsg.)
 Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N. F., Bd. 22, Berlin 1961
- Oettle, Karl
 Selbstfinanzierung, in: Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, Bd. III, 3. Aufl., Stuttgart 1960, Sp. 4867 ff.
- Ott, Alfred E.
 Technischer Fortschritt, in: HdSW, Bd. 10, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1959, S. 302 ff.
- o. V.
 Eine parlamentarische Ordnung für die Großunternehmen, in: Handelsblatt, Nr. 68 v. 4. 4. 1968, S. 4
 Reform des Unternehmensrechtes in Holland, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 128 v. 4. 6. 68, S. 14
- Passow, Richard
 Die Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Jena 1922
- Pastuszek, Horst
 Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspublizistik, Köln-Opladen 1959
- Philipp, Fritz
 Die Prüfung des Berichts des Vorstandes über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen nach dem Aktiengesetz von 1965, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 11. Jahr (1966), S. 155 ff.
- Planitz, Hans
 Die Stimmrechtsaktie, Leipzig 1922
- Pleyer, Klemens
 Aktienrecht und Unternehmenskonzentration, in: Die Aktiengesellschaft, 4. Jg. (1959), S. 8, 39 ff.
- Potthoff, Erich
 Die "große" Aktiengesellschaft, in: Mitteilungen des wirtschaftswissenschaftlichen Instituts der Gewerkschaften, 7. Jg. (1954), S. 93 ff.
- Ders.
 Neue Unternehmensform vordringlicher als Aktienrechtsreform, in: Der Betrieb, 10. Jg. (1957) S. 49 ff.
- Püttner, Günter
 Das Depotstimmrecht der Banken, Berlin 1963

Raiser, Ludwig

Die Geltendmachung des öffentlichen Interesses gegenüber Unternehmen durch deren öffentliche Bindung, in: Macht und Ohnmacht des Eigentums, Köln-Deutz 1959, S. 203 ff.

Rasch, Harold

Sind auf dem Gebiete des Konzernrechts gesetzgeberische Maßnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderlich?, Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Tübingen 1957 (zitiert als Gutachten)

Ders.

Konzernrecht und Unternehmenskonzentration, in: Neue Juristische Wochenschrift, 10. Jg. (1957), S. 1906 ff.

Ders.

Gewinnabführungs- und Weisungsverträge im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, in: Der Betriebs-Berater, 14. Jg. (1959), S. 165 ff.

Ders.

Richtige und falsche Wege der Aktienrechtsreform, Karlsruhe 1960

Ders.

Probleme der Aktienrechtsreform, in: Interne Revision in der Wirtschaft und im Unternehmen, Schriftenreihe des Instituts für Interne Revision, Bd. 1, München 1961, S. 115 ff.

Ders.

Deutsches Konzernrecht, 2. Aufl., (1955), und 3. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1966

Rautmann, Hans G.

Probleme aus dem Recht der Unternehmensverträge im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, in: H. Hengeler (Hrsg.), a. a. O., S. 159 ff.

Reinhardt, Rudolf

Die gesellschaftsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Die Gestaltung der Unternehmensformen unter den Gesichtspunkten der

Wirtschafts- und Sozialverfassung, Tübingen 1952, S. 5 ff.

Ders.

Gedanken zum Identitätsproblem, in: H. C. Nipperdey (Hrsg.), Festschrift für H. Lehmann, Bd. II, Berlin-Tübingen-Frankfurt/M. 1956, S. 576 ff.

Ders.

Aktienrecht in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung, in: Aktionsgemeinschaft Soziale Marktwirtschaft (Hrsg.), Welche Wirtschaftspolitik kann das Vertrauen des Wählers rechtfertigen? Tagungsprotokoll Nr. 9, Ludwigsburg 1958, S. 97 ff.

Ders.

Privates Unternehmen und öffentliches Interesse, in: R. Dietz, H. C. Nipperdey, E. Ulmer (Hrsg.), Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für A. Hueck, München-Berlin 1959, S. 439 ff.

Reuter Axel L.

Konzentration und Wirtschaftswachstum, Köln-Opladen 1967

RGBl. 1937/I/Nr. 15, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien v. 30. 1. 1937

Riese, Hajo
Trommler, Klaus

Rücklagenbildung in westlichen Industriestaaten (Veröffentlichungen der List-Gesellschaft e. V.), Tübingen 1962

Rittner, Fritz

Die handelsrechtliche Publizität außerhalb der Aktiengesellschaft, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages, Bd. I, München-Berlin 1964

Röpke, Wilhelm

Die Lehre von der Wirtschaft, 10. Aufl., Erlenbach-Zürich-Stuttgart 1965

Saage, Gustav

Die stillen Reserven im Rahmen der aktienrechtlichen Pflichtprüfung, Köln-Opladen 1959

Der Konzernabschluß, Wiesbaden 1962

- Schwartz, Louis B. Monopoly, Monopolizing and Concentration of Market Power, in: A. Philipps (Hrsg.), Perspectives on Antitrust Policy, Princeton (N. J.) 1965, S. 117 ff.
- Seidenfus, Hellmuth St. Mehrproduktunternehmen, preispolitischer Ausgleich und Konzentration, in: Kyklos, Vol. XX (1967), S. 208 ff.
- Serick, Rolf Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen unter Berücksichtigung von Organschafts- und Konzernverhältnissen, Schriftenreihe der juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 42
- Simons, Henry C. Economic Policy for a Free Society, Chicago/Ill. 1948
- Sohmen, Egon Konzentration und Wettbewerb, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, Nr. 6 v. 7. 1. 67, S. 5
- Spitzenorganisationen der gewerblichen Wirtschaft (Hrsg.), Gemeinsame Denkschrift zum Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Köln-Bonn 1959
- Strauss, Walter Aktienrecht und Wirtschaftspolitik, in: B. Samson (Hrsg.), a. a. O., S. 3 ff.
- Ders. Die Aktienrechtsreform als ordnungspolitische Aufgabe, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 27. 2. 1960, S. 5
- Ders. Grundlagen und Aufgaben der Aktienrechtsreform, Vorträge und Aufsätze des Walter-Eucken-Instituts, Nr. 5, Tübingen 1960
- Stützel, Wolfgang Aktienrechtsreform und Konzentration, in: H. Arndt (Hrsg.), Die Konzentration in der Wirtschaft, Bd. II, a. a. O., S. 907 ff.
- Wessels, Theodor Über wirtschaftspolitische Konzeptionen des Wettbewerbs, in: F. Greiß, F. W. Meyer (Hrsg.), Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur, Festgabe für A. Müller-Armack, Berlin 1961, S. 19 ff.

- Wessels, Theodor Wettbewerb, in: Staatslexikon, Bd. 8, Freiburg 1963, S. 642 ff.
- Westrick, Peter Abschlußprüfung und Abschlußprüfer nach geltendem und zukünftigem Aktienrecht, Heidelberg 1963
- Wilhelmi, Hans Das neue Aktiengesetz, in: Die Aktiengesellschaft, 10. Jg. (1965), S. 153, 187, 217, 247, 277, 307, 351 ff.
- Willgerodt, Hans Wirtschaftskonzentration unter der Lupe, in: Ordo, Bd. XIV (1963), S. 335 ff.
- Wissenschaftlicher Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium, Gutachten zum Wettbewerbsproblem, Sonderband, Göttingen 1962
- Witte, Eberhard Vertretung des öffentlichen Interesses in der privaten Unternehmung?, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 3. Jahr (1958), S. 122 ff.
- Wolkersdorf, Lorenz Rechnungslegung und Publizität der Unternehmung, in: Das Mitbestimmungsgespräch 6. Jg. (1960), S. 4 ff. (Heft 11)
- Würdinger, Hans Zur Reform des Konzernrechts, in: B. Samson (Hrsg.), a. a. O., S. 279 ff.
- Ders. Aktien- und Konzernrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1966
- Zartmann, Hans Der Gläubigerschutz bei konzernmäßig verbundenen Unternehmen, insbesondere bei Organschaftsverhältnissen nach geltendem und künftigem Aktienrecht, in: Die Aktiengesellschaft, 10. Jg. (1965), S. 93 ff.

LEBENS LAUF

Am 21. Januar 1941 wurde ich als Sohn der Eheleute Franz Roth und Luise Roth, geb. Kimmig, in Oberkirch/Baden geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule in Oberkirch trat ich 1951 in das Progymnasium von Oberkirch ein. Von 1957-1960 besuchte ich das naturwissenschaftlich-mathematisch ausgerichtete Schiller-Gymnasium in Offenburg, das ich 1960 mit dem Reifezeugnis verließ.

Im Sommersemester 1960 nahm ich an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg das Studium der Wirtschaftswissenschaften auf. Am Ende des Wintersemesters 1964/65 legte ich in Freiburg die Diplomprüfung für Volkswirte ab.

Danach war ich bis März 1966 wissenschaftliche Hilfskraft am Seminar für Wirtschafts- und Finanzpolitik der Ruhr-Universität Bochum. Vom April 1966 bis Oktober 1968 verwaltete ich eine wissenschaftliche Assistentenstelle an dem genannten Seminar (Lehrstuhl Professor Dr. Hans Besters).

